



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

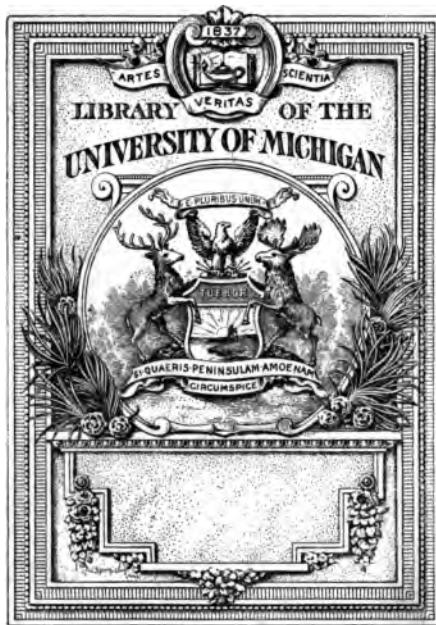
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

A

478377

DUPL





HE
79
02





Die

VOLKSWIRTSCHAFTSLEHRE

des

CORPUS JURIS CIVILIS.

Von

Paul Qertmann
Doktor der Rechte und der Philosophie.

BERLIN
Verlag von R. L. Prager
1891.

—

2 Mar 07 SAC

nickel 29 N 26 J. B.

Meinem verehrten Onkel

Geh. Sanitätsrat Dr. EDUARD GRAF in Elberfeld

Mitglied des preussischen Abgeordnetenhauses
und Vorsitzender des deutschen Ärztevereinsbundes

in Dankbarkeit und Liebe gewidmet.



INHALT.

	Seite
Einleitung	1
Kap. I: Die Grundbegriffe der römischen Wirtschaftslehre.	
§ 1: Das Subject der Wirtschaft	7
§ 2: Staat und Gesellschaft	10
§ 3: Gut und Vermögen.	14
§ 4: Wert und Preis	37
§ 5: Das Eigentum	44
§ 6: Das Erbrecht	66
Kap. II: Die Produktion der Güter.	
§ 7: Die Natur als Güterquelle	71
§ 8: Die Arbeit.	75
§ 9: Das Kapital	80
Kap. III: Der Güterumlauf.	
§ 10: Tausch und Kauf — Die Ware	82
§ 11: Das Geld	86
§ 12: Der Kredit	97
§ 13: Einfluss von Raum und Zeit auf den Güterwert	110
Kap. IV: Die Verteilung der Güter.	
§ 14: Einkommen im Allgemeinen. — Das römische Occu- pationsprincip	115
§ 15: Der Arbeitslohn	121
§ 16: Grundrente und Kapitalzins	145
Kap. V: Die Konsumtion der Güter — § 17	150
Schluss	153



Einleitung.

Der Satz, dass ein jeder Fortschritt im Studium einer Wissenschaft dieselbe mehr und mehr den rein fachmännischen Charakter abstreifen lässt, dem Blick des Forschers immer deutlicher die Ausschau auf die Einheit der Erscheinungen eröffnet, kann den Reiz der Neuheit so wenig in Anspruch nehmen, dass er vielmehr fast trivial erscheint. Und doch scheinen die Thatsachen jener Behauptung zu widersprechen. Während die letzten Decennien für die meisten Einzelwissenschaften einen gewaltigen Aufschwung bedeuten, während die Leuchte einer exakt-historischen Forschungsmethode zahlreiche sonst dunkle Punkte aufgehellt hat, kann sich zugleich niemand der Entdeckung verschliessen, dass die Gegenwart zur Vereinheitlichung der Geisteswissenschaften so gut wie nichts beigetragen, ja, gestehen wir es offen, uns von diesem Ziele weiter als je entfernt hat. Mehr und mehr differenzieren sich die Forschungsgebiete der einzelnen Gelehrten, höher und höher steigen die Anforderungen an ihr positives Wissen — ein stetig anwachsender Stoff, eine schier unerschöpfliche Fülle neuer Forschungen erheischt Berücksichtigung und Durcharbeitung. Materien, wie z. B. die Römische Rechtsgeschichte, haben allmählich einen Umfang angenommen, dass sie allein eine volle Menschenkraft in Anspruch nehmen können.

Da musste denn der Sinn für die allgemeinen Fragen des Wissens, für die Philosophie, schöne Litteratur und Kunst zurücktreten. Da konnte es unter zahlreichen Vertretern der exakten Richtung mehr und mehr Mode werden, mit vornehmem Achselzucken auf ein Zeitalter zurückzuschauen, dem Fichte's und Hegel's Philosophie wichtiger erschien als die Entzifferung einer

alten Inschrift oder die Rekonstruktion einer römischen Klagformel. Ob zum Vorteil der Geistesbildung unseres Volkes? Wir wollen die Frage hier nicht entscheiden und begnügen uns mit der Feststellung, dass in den weiteren Volksschichten wenigstens in den letzten Jahrzehnten die Achtung vor der Wissenschaft trotz aller „Fortschritte“ schwerlich gestiegen ist. Der ganze zauberhafte Erfolg einer so gewagten, an Paradoxen so reichen Schrift wie „Rembrandt als Erzieher“ ist auf dieses Missbehagen an der modernen Fachwissenschaft zurückzuführen. Vornehmlich die Vertreter der Jurisprudenz bezw. ihres romanistischen Zweiges haben unter dieser Ungunst der öffentlichen Meinung zu leiden — auch heute noch hört man nur zu oft jenes Wort vom „Rechte, das mit uns geboren“ wiederholen. Ein jäher, kaum überbrückbarer Spalt klafft zu beiderseitigem Schaden zwischen Theorie und Praxis. Wahrlich! es wird Zeit, dass wir an unsere Brust schlagen und fragen, ob wir nicht selbst Schuld sind, ob uns nicht über all' unseren historischen Untersuchungen der offene Blick für „des Lebens goldenen Baum“ verloren zu gehen droht. Und nicht unwichtig fürwahr sind die Aufgaben, welche unseren Blick auf die Gegenwart lenken sollten — noch harret das grosse Werk unseres bürgerlichen Gesetzbuches seiner endgiltigen Vollendung, stärker und stärker pochen die grossen Probleme der „socialen Frage“ auch an die Pforte der Rechtswissenschaft an. Steht doch Rechts- und Volkswirtschaft in der denkbar engsten Beziehung, eng genug, um ein gemeinsames Arbeiten der Vertreter der Rechts- und Wirthschaftswissenschaft zu erheischen. Das vereinzelte Vorgehen beider kann bestenfalls zu Einseitigkeiten führen und hat schon zu manch bitterer Klage Veranlassung bieten müssen. Nur durch Erfassen der „socialen Aufgabe des Privatrechts“, um mit O. Gierke zu reden, werden die Juristen im Stande sein, ihre Probleme im schönsten und höchsten Sinne zu lösen, nur dadurch wird der so oft gehörte Vorwurf, sie ständen nicht auf der Höhe ihrer Zeit, zum Schweigen gebracht werden. Und so wenig man der materialistischen Geschichtsauffassung eines Marx, der die gesamte Geschichte nur als Niederschlag ökonomischer Verhältnisse auffasst, zustimmen wird, so wenig sollte man umgekehrt die eminente Bedeutung

ökonomischer Faktoren auf die Entwicklung auch des Rechts unterschätzen. Treffend sagt Kant (Kritik der reinen Vernunft ed. Kirchmann S. 296), man müsse die Principien der Gesetze aufsuchen, um die Gesetzgebung zu simplifizieren. Und mehr und mehr beginnt man sich dieser Einsicht zu erschliessen; schon reichen sich die vorgeschobenen Posten beider Schwesterwissenschaften die Hände: Männer von klangvollen Namen, wie der Romanist v. Jhering, der Germanist Gierke einer-, der Volkswirt Wagner andererseits treffen bereits auf ihren Forschungsgebieten zu gemeinsamen Zielen zusammen, und an uns, den Jungen, ist es, dem Vorbild unserer bewährten Lehrer zu folgen¹⁾! Dann mag das Wort Stahls (Rechtsphilosophie Bd. I, Vorrede S. XXI) in Erfüllung gehen: „Das ist eine erlaubte Zuversicht, dass es vereinter Anstrengung beschieden sein werde, die Gemeinschaft des Wissens wieder zu erringen, deren sich geringere Zeiten als die unserige erfreut haben. Denn der Verlust dieser Gemeinschaft ist bei der Tiefe und dem Reichtum wissenschaftlicher Entwicklung, wodurch unsere Zeit hervorragt, eine niedererschlagende Beimischung.“

Zur Herstellung einer solchen Harmonie zwischen Rechts- und Wirtschaftslehre sollen die vorliegenden Ausführungen einen kleinen Beitrag bieten. Zwar nicht in der Gegenwart, aber in einer für beide Disciplinen hochwichtigen Vergangenheit suchen sie Spuren eines solchen Zusammenhanges: im römischen Recht. Indem wir die ökonomischen Anschauungen der grossen römischen Juristen darzustellen suchen, liefern wir einerseits einen Beitrag zur Geschichte der Wirtschaftslehre, andererseits suchen wir von einem für die Rechtswissenschaft geebneten Boden aus die Zusammenhänge mit der politischen Ökonomie klarzulegen. Freilich nur um einen Versuch kann es sich dabei handeln, dem sich eigentümliche Schwierigkeiten entgegenstellen. Zunächst ist der Mangel an Vorarbeiten auf unserem Gebiet nur zu sehr bemerkbar. Zwar handeln von der römischen Wirtschaftslehre zwei mit grossem Fleiss zusammengestellte

¹⁾ Kühnast, Kritik moderner Rechtsphilosophie S. 73:

„Erst einer neuen Generation kann die Einsicht in den Zusammenhang allen positiven Rechts mit der juristischen und ökonomischen Philosophie aufgehen.“

Dissertationen von Hermann¹⁾ und Tydemann²⁾, auch enthalten die interessanten Arbeiten Dankwardt's³⁾ manch wertvolles Material. Aber diese Schriften unterscheiden sich, wie das noch in erhöhter Potenz von Rodbertus' einschlägigen Arbeiten gilt, von der uns obliegenden Aufgabe in einem sehr wesentlichen Punkt, den schon v. Scheel⁴⁾ betont hat: sie suchen vorwiegend die wirtschaftlichen Ausgangspunkte der römischen Rechtsinstitute zu fixieren, während wir es mit der ungleich beschränkteren Aufgabe zu thun haben, die theoretischen Auffassungen der römischen Juristen von den Grundbegriffen der Volkswirtschaft aus ihren Lehrbüchern und Rechtsgutachten „herauszuklauben“. Herauszuklauben — in der That, nur auf diesem Wege können wir einen Erfolg unserer Untersuchungen erzielen, und auch dabei keinen solchen, wie er bei dem Umfang des Materials sich dem ersten Anschein nach erhoffen liesse⁵⁾. Der Grund ist unschwer zu erkennen: die Römer waren, wie v. Scheel richtig ausführt, ein wesentlich politisches Volk, der Mensch ging bei ihnen im Bürger auf; der Staat war, um mit Hobbes zu reden, der allgewaltige „Leviathan“, der alle andern Kräfte und Interessen absorbierte. Und nie haben es die Römer zu der Auffassung gebracht, Volk und Staat als eine aus den Einzelnen organisch zusammengesetzte, wirtschaftliche bzw. politische Einheit anzusehen — nur im Wege der Fiktion konnte den Privaten ein neues, mit Rechtssubjekts-Qualität versehenes Wesen gegenübertreten, das, wie Gierke sich im „Genossenschaftsrecht“ ausdrückt, staatsrechtlich zwar eine Einheit, aber keine Person, und privatrechtlich zwar eine Person, aber kein natürlich-einheitliches, den Einzelnen immanentes Lebewesen war. Was konnten diesen Staat, der den Bürgern kalt und

1) F. B. G. Hermann, *dissertatio exhibens sententias Romanorum ad oeconomiam universam sive nationalem pertinentes*, Erlangen 1823.

2) J. G. Tydemann, *disquisitio de oeconomiae politicae notionibus in Corpore Juris Civilis Justiniano*, Leyden 1838.

3) „Nationalökonomisch-civilistische Studien“, Leipzig 1862 und „Nationalökonomie u. Jurisprudenz.“ 4 Hefte. Rostock 1857—59.

4) in Hildebrand's Jahrbüchern Bd. VI, 324 ff.

5) S. darüber v. Scheel a. a. O. und in Schönberg's Handbuch I, S. 75, Bruder in der Zeitschr. f. d. ges. Staats-Wiss. 1876/7.

fremd gegenüberstand, deren wirtschaftliche Verhältnisse angehen? Wäre doch der Begriff „Volkswirtschaft“ schon eine *contradictio in adiecto* gewesen, wenn das „Volk“ selbst keine natürliche, sondern eine erst im Wege der Rechtsfiktion künstlich geschaffene Einheit bildete! Es kam hinzu, dass auch in der That die wirtschaftlichen Zusammenhänge und Beziehungen der Einzelnen grösstenteils fehlten, welche die Aufmerksamkeit auf den „socialen Körper“ hätten hinlenken können¹⁾. Im alten Rom nahm die isolierte Produktion, die abgeschlossene Einzelwirtschaft einen ungemein grossen Raum ein. Die Reichen herrschten auf ihrem Gebiet über ihre Familienglieder, über zahlreiche im Gewerbe und im Handel beschäftigte Sklaven wie kleine Fürsten, die so ziemlich allen Bedarf aus ihrer eignen Riesenwirtschaft decken konnten. So können wir von einem System der römischen Volkswirtschaftslehre in keiner Weise reden; die wirtschaftlichen Fragen mochten mehr oder minder bewusst auf die Rechtsanschauungen der Römer einwirken — die Volkswirtschaftslehre trat hinter der alleinherrschenden Jurisprudenz vollkommen in den Schatten, und nur

„durch das hie und da eintretende Zusammenfallen ihres Gesichtspunktes mit jenem der Wirtschaftswissenschaft wurden die Juristen veranlasst, gewisse Klassifikationen und mehr oder weniger künstliche Unterschiede aufzustellen, welche die neueren Nationalökonomien entweder von ihnen übernommen oder selbständig benutzt haben²⁾.“

Von „Ergebnissen unabhängigen Denkens“ auf diesem Gebiet ist dabei wenig die Rede, und man wird auch wohl Ingram³⁾ Recht geben müssen, dass manche der bei den römischen Juristen vorkommenden, auf wirtschaftliche Dinge bezüglichen Aussprüche oft nichts enthalten, als offenkundige Wahrheiten oder unbestimmte Allgemeinheiten.

Und jedenfalls wird nicht übersehen werden dürfen, was Tydemann's Schrift nach Cossa's⁴⁾ richtiger Bemerkung ausser

¹⁾ cf. Schönberg im H. B. I, S. 38 N. 47, v. Scheel das. I, S. 74.

²⁾ Ingram, Geschichte der Volkswirtschaftslehre. Deutsch v. Roschlau, Tübingen 1890. S. 27, cf. ferner das. auch S. 12, 25 ff.

³⁾ das. S. 25.

⁴⁾ Einleitung in das Studium d. Wirtschaftslehre, deutsch v. Moormeister, Freiburg 1880, S. 99.

Acht liess, dass die im Corpus Juris enthaltenen Lehren und Ansichten nicht einem Menschegeiste entstammen, sondern verschiedenen Jahrhunderten ihre successive Entstehung verdanken. Nur eine historische Sichtung des Materials kann uns daher die erwünschte Klarheit verschaffen.

Was die Einteilung unserer Arbeit betrifft, so nötigt der erwähnte Mangel, bei der modernen Volkswirtschaftslehre eine Anleihe zu machen, wobei uns im wesentlichen die Roscher'sche Systematik zum Muster diene, ein principium divisionis, das nach dieser Vorbemerkung hoffentlich nicht zu dem Missverständnis Anlass geben wird, als versuchten wir es bei den römischen Juristen wiederzufinden.

Kapitel I.

Die Grundbegriffe der römischen Wirtschaftslehre.

§ 1.

Das Subjekt der Wirtschaft¹⁾.

Als höchstes Lebewesen, als Subjekt der Wirtschaft, dem die ganze Erde iure naturali unterworfen ist, erschien auch den Römern der Mensch, homo, als solcher. So egoistisch und exklusiv das römische Volk den Fremden gegenüber stets auftrat, so war man doch weit entfernt, jeden Ausländer ohne Weiteres als rechtlos anzusehen. Wie durch Vermittlung des Prätors die Nichtbürger, die peregrini, des Rechtsschutzes teilhaftig wurden, so erschien den römischen Juristen auch sonst ganz allgemein Freiheit und Bürgerrecht als etwas Grundverschiedenes. *Tria*, sagt Paulus (I 11 D IV, 5), *enim sunt, quae habemus, libertatem civitatem familiam*. Das zeigt sich praktisch in dem Institut der *Capitis deminutio*, die als *media* das Bürgerrecht, als *maxima* dagegen auch die Freiheit vernichtete; beide erscheinen gewissermassen im Verhältnis zweier grosser, concentrischer Ringe, bei denen das Herausfallen aus dem weiteren das aus dem engeren in sich schliesst. (tit. Inst. IV, 16; Dig. IV, 5). Und die Freiheit wird principiell allen Menschen zuerkannt — „*naturali iure omnes homines liberos esse*“ ist ein wiederholt und mit Nachdruck hervorgehobenes Dogma der klassischen Rechtswissenschaft. Erst menschliche Satzung, das von einem Naturzustand, dem *ius naturale*, nach Ulpian's (I 1 D. I, 1) auch in Justinian's Institutionen recipierter Anschauung wesentlich verschiedene „*ius*

¹⁾ cf. dazu C. A. Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem römischen und german. Recht, Rostock 1853, S. 44 ff.

gentium“ (Inst. I, 2), das „apud omnes gentes peraeque custoditur“, hat dies natürliche Verhältnis verschieben können; — „bella orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae. iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. (§ 2 J. I, 2).

Ähnlich heisst es in § 2 J. I, 3:

„servitus est institutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.“

Wir finden hier eine Anschauung, die fast von modernem Geiste erfüllt zu sein scheint, uns aber aus dem Munde eines Römers befremdet. In der That war eine solche humane Auffassung keineswegs die altnationale der Römer. In der republikanischen Zeit war man so daran gewöhnt, im Sklaven nur eine Sache zu sehen, dass man sich konsequent nicht scheute, die Sklavenkinder zu den Früchten zu rechnen — wenigstens bedurfte es, wie uns Ulpian in l. 68 D. VII, 1 berichtet, eines langen Streites, um diese barbarische Idee zu beseitigen; erst in spätrepublikanischer Zeit konnte sie der Jurist Brutus endgiltig zum Schweigen bringen („neque enim in fructu hominis homo esse potest.“), dazu Cicero de fin. I, 4, § 12.

Die Späteren gingen auf dem vorgezeichneten Wege weiter. Gaius (150 p. Chr.) spricht sich schroff dahin aus: „absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit. (lib. 2 rer. quot., l. 28 D. XXII, 1)¹⁾.

Aber zu der weiteren Konsequenz, dass die Sklaverei überhaupt etwas der Natur Widerstreitendes sei, scheint sich Gaius noch nicht verstiegen zu haben — wenigstens fehlt bei ihm an den entsprechenden Stellen jener Passus, den wir oben aus Justinian's sonst bekanntlich meist aus Gaius ausgeschriebenen Institutionen-Werk angeführt haben. Weiter geht Ulpian in l. 32 D. L, 17: „quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.“

¹⁾ Fast wörtlich übersetzt aus Aristoteles Pol. I, 8; dazu Roscher System I, S. 161 N. 9 S. 162; über die Persönlichkeit des Sklaven ausführlich Pernice, Labeo I S. 113 ff.

Ähnlich Tryphonin in l. 64 D. XII, 6:

„libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est.“

Die neuere Anschauung von der natürlichen Freiheit aller Menschen scheint sonach ein Kind der mittleren Kaiserzeit zu sein, in der sich der „Entnationalisierungsprocess“ des römischen Rechts vollendete. Florentin, ein Zeitgenosse des Alexander Severus, und der noch bedeutend jüngere Hermogenian sind uns aus den Pandekten als weitere Träger dieser Entwicklung bekannt. Der Bemerkung des Gaius in l. 3 D. I, 5 „summa de iure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi“,

stellt das C. J. gewissermassen ergänzend Florentin's Satz an die Seite:

„Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur“. ¹⁾

Hermogenian ferner betont nachdrücklich (l. 2 D. I, 5), dass hominum causa omne ius constitutum sit und beginnt deshalb seine Darstellung „de personarum statu.“ Nehmen wir dazu Gaius Ausspruch, dass die Natur der Menschen halber alle Früchte geschaffen habe, so darf wohl behauptet werden, dass der entwickelten, hier zweifellos durch christliche Einflüsse beeinflussten römischen Rechtslehre der Mensch als solcher rechtlich wie wissenschaftlich als „der Ausgangs- und Zielpunkt der Wissenschaft“, um mit Roscher zu reden, erschien. Zeigte sich eine solche humanisiertere Auffassung doch auch in der Gesetzgebung in fortschreitendem Masse wirksam! Wir erinnern an die Umgestaltung des Römischen Schuldrechts, welches zur Zeit der Zwölf Tafeln den Gläubigern gestattete, den Schuldner in die Sklaverei zu verkaufen und mehreren Kreditoren die berichtigte

¹⁾ Diese Stelle ist zum Teil in die Institutionen I, 3 aufgenommen, cf. oben. Wenn ihr Verfasser übrigens weiterhin das Wort „servus“ davon ableitet, quod imperatores captivos vendere, ac per hoc servare solent, so ist das zwar natürlich etymologisch falsch, giebt aber einen richtigen Fingerzeig für die Entstehung der Sklaverei.

Befugnis des „in partes secare“ gab, während umgekehrt die Justinianischen Bestimmungen auf jeder Seite die weittragendsten Begünstigungen des Schuldners enthalten. Dem alten Römer stand es frei, Weib und Kind in die Knechtschaft zu verkaufen, während es im kaiserlichen Recht heisst (l. 12 C. IV, 10)
„ob aes alienum servire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur“. ¹⁾

Dieselbe Zeit unterwarf auch die Züchtigungsgewalt der Herren über ihre Sklaven nachhaltigen Beschränkungen, cf. Schulin, Röm. Rechts-Gesch. S. 257.

„eum, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri, quam qui alienum servum occiderit“, Gaius I, 53 (Bestimmung von Antoninus Pius).

Bekannt ist ferner, dass die Sklaven, denen in zahllosen Fällen von ihren Herren ein faktisch selbständiges Sondervermögen, peculium, zugewiesen wurde, wirtschaftlich oft einen hohen Grad von Selbständigkeit erlangten — für unsere Zwecke ist hier die Unbefangenheit interessant, mit der anlässlich solcher Fälle öfters direkt von Forderungen des Sklaven an den Herrn gesprochen wird (so z. B. l. 1 § 18 D. XLII, 6).

§ 2.

Staat und Gesellschaft.

Schon in der Einleitung hoben wir hervor, dass der Staatsbegriff bei den Römern dem Personenbegriff entgegengesetzt und der Staat als etwas den Einzelnen Transcendenten erscheint. Infolgedessen war jener auch notwendig auf seine politische Bedeutung beschränkt — wirtschaftlich konnte ein solches publicistisches Abstraktum, dem nur auf dem Wege der Fiktion privatrechtliche Bedeutung zukam, nicht in Betracht kommen. Charakteristisch ist Gaius Ausspruch in l. 16 D. L. 16

¹⁾ cf. auch Nov. 134 cap. 7 (liberos personas detinere); Dernburg, Pfandrecht I, 426 (Verpfändung der Hauskinder verboten, Paulus Sent. V, I, 1); Jhering Zweck i. B. I, 516.

„civitates privatorum loco habentur“ — erst die Analogie der Privatperson muss zum Verständnis des Staats und seiner Rechte herangezogen werden! Vom natürlichen und wirtschaftlichen Standpunkt aus gab es nur eine Menge von Einzelmenschen, von ihnen zum Staat führt keine Brücke, denn sie können sich nicht zur Einheit handelnd zusammenschliessen — „universi consentire non possunt“, sagt Paulus in l. 1 § 22 D. 41, 2 und leitet daraus ab, dass das municipium nicht Besitz haben könne. Ähnlich Ulpian in l. un. D. 38,3. Die oft so bewundernswerte Thätigkeit des römischen Bürgers für die Gesamtheit, seine Aufopferung für das Vaterland, steht mit dieser Anschauung im vollen Einklang — war die Gesamtheit nur ein Aggregat von Individuen, so war ein Angriff auf den Staat zugleich ein solcher auf jeden Einzelnen; jeder musste sich sagen „tua res agitur“. So war jene Thätigkeit, wenn man will, auch ein Stück Egoismus, allerdings Egoismus im schönsten, höchsten Stil. (übereinstimmend Jhering Zweck i. R. I, 563). Gab es aber nur singuli, so konnte der moderne Begriff der Gesamtheit als eines „socialen Körpers“ (Schäffle), der Gesellschaft als der „faktischen Organisation des Lebens“ (v. Jhering) der römischen Begriffswelt nicht angehören — nie finden wir einen dem Wort „Gesellschaft“ adäquaten Begriff im Corpus Juris! Ein solcher Mangel konnte nicht ohne entscheidende Bedeutung für die gesamte Theorie und Praxis des römischen Staats- und Rechtslebens bleiben! Wenn jeder Sinn für das Ineinandergreifen der einzelnen Berufe und Wirtschaftskreise, jede Anschauung von den „Massenerscheinungen des wirtschaftlichen Volkslebens“ fehlt, dann muss auch alle Produktion, alle Gunst und Ungunst der Erwerbsverhältnisse als etwas rein Individuelles, staatlichem Zugriff Unerreichbares erscheinen. Wenn die Römer folgerichtig gar nicht an eine selbständige, planmässige Wirtschaftsgesetzgebung dachten, so kann man den Grund dafür nicht eigentlich, wie das öfter geschehen, in einer „manchesterlichen“ Wirtschaftslehre finden. Diese würde doch immer den Begriff der „Gesellschaft“ voraussetzen, welche ohne Staatseinmischung vermöge der allgemeinen „Harmonie der Interessen“ für das gemeine Wohl selbst am besten sorgt, während es bei den Römern lediglich ein grosses Vacuum in ihren Grundanschauungen vom

menschlichen Gemeinleben war, welches sie an ein Eingreifen des Staates in die Volkswirtschaft garnicht denken liess.

Von einer geradezu ungläublichen Kümmerlichkeit, sind dementsprechend auch die auf den Unterschied der Stände bezüglichen Anschauungen und Rechtsbestimmungen der Römer. Nur ein paar Specialvorschriften auf dem Gebiet des Zinsrechtes deuten darauf hin, dass ihnen eine dunkle Ahnung davon vorschwebte, die Verschiedenheit der socialen Lage könne eine verschiedene rechtliche Beurteilung erheischen. Während das allgemeine Zinsmaximum von Justinian in l. 26 C. 4, 32 auf 6% festgesetzt wird, gestattet er Fabrikanten und Kaufleuten 8%, wogegen illustres nur 4% nehmen dürfen und Landleuten gegenüber nach Nov. 34 überhaupt nur letzterer Satz zur Anwendung gebracht werden soll. Und auch dies ist erst Produkt kaiserlicher Willkür — alles, was wir bei der klassischen Jurisprudenz über Ständeunterschiede vorfinden, beschränkt sich auf den Satz, dass ungebildeten Landleuten Rechtsunkenntnis nachgesehen wird, dass „rusticitati hominis parcendum est.“ (Paulus in l. 2. § 1 D. II, 5; auch Ulpian l. 1. § 5 D. II, 13; l. 8. C. VI, 9).

Auch von einer Theorie der Bevölkerung finden wir so gut wie nichts, abgesehen von der freilich überaus nahe liegenden Erkenntnis, dass der zunehmenden Entvölkerung der Stadt durch alle zulässigen Mittel abzuhelfen sei. Aus dieser Erkenntnis heraus entstand August's berühmte lex Julia et Papia Poppaea mit ihrem reichhaltigen System der Belohnungen für die Verheirateten und Familienväter; aus ihr heraus jene grosse Reihe Begünstigungen, welche den Frauen nach Geburt von 3 bezw. 4 Kindern zu Teil wurden (ius liberorum). Auch die überaus sorgfältige Ausbildung, welche dem Dotalrecht seitens der Rechtswissenschaft zu Teil ward, dürfte grossenteils auf ähnliche Gründe zurückzuführen sein. Reipublicae interest, sagt Paulus, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt (l. 2 D. XXIII, 3) — ein Satz, der mit einer für Römische Juristen seltenen Entschiedenheit sociale Gesichtspunkte hervorkehrt. Auf wirtschaftliche Gründe führte man auch die Notwendigkeit zurück, dem Mann während der Dauer der Ehe die Früchte des Dotalgutes zukommen zu lassen; deshalb erklärte

man entgegengesetzte Verabredungen geradezu für ungiltig, l. 4 D. 23, 4. *Dotis fructum*, führt Ulpian treffend aus, *ad maritum pertinere debere aequitas suggerit; quum enim ipse onera matrimonia subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere* (l. 7 D. 23,3).

Aus wirtschaftspolitischen Gründen ging auch das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten hervor, wie schon die römischen Juristen klar aussprachen:

„*hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* (Ulpian, l. 1 D. 24, 1);

„*ne cesset eis studium liberos potius educendi* (!), Paulus in l. 2 das.

Nach l. 3 t. c. hat auch Kaiser Caracalla dieses Moment zum Ausdruck gebracht in einer oratio

„*ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.*“ cf. auch l. 31 § 7 D. XXIV, 1.

All' das hat freilich nicht hindern können, dass ein grosser Teil neuerer Juristen die *ratio legis* gründlich missverstanden und die unmöglichsten Begründungen des Satzes aufgestellt hat, cf. darüber die treffliche Darstellung bei Gradenwitz, Ungiltigkeit obligat. Rechtsgeschäfte S. 200—209.

Aber auch abgesehen hiervon, haben die Römer — und in einer Verkennung dieser Thatsache würde eine schwere Ungerechtigkeit liegen — den Bedürfnissen des Verkehrs und des socialen Lebens in weitem Umfange Rechnung getragen. Zwar das alte Civilrecht liess sie hier im Stich — aber dafür trat die Rechtssetzung durch die Beamten (Prätoren etc.) helfend ein. Sie schützten Hilflose und Schwache durch das Institut der *in integrum restitutio*, durch Verbot der „*circumventio*“ dieser Personen, durch Ernennung eines *curator*. Ihr Verdienst ist die Ausbildung des Momentes der *bona fides* für das römische Rechtsleben — wer auf den offenen Markt tritt, der soll so handeln, wie es Verkehr und Sitte, wie es die Rücksicht auf das sociale Leben erheischen (*ut inter bonos bene*

agier oportet) — an diesem gesellschaftlichen Massstab wird das Handeln des Einzelnen, die ihm obliegende Pflicht gemessen. Gesellschaftliche Rücksichten hemmen den rücksichtslosen Gebrauch des Eigentums (cf. unten § 5); gesellschaftliche Momente ergeben, wie Dernburg (Pand. II, § 4) gewiss mit Recht ausführt, die Anerkennung einer „naturalis obligatio“ mit gewissen Rechtswirkungen selbst da, wo für die Entstehung einer eigentlichen, klagbaren Forderung nach ius civile kein Raum ist — hier genügt es, dass die Rücksicht auf Kredit und Ruf, auf Sitte und Anstand ein Respektieren der Verbindlichkeit erheischt.

Auch die Thätigkeit der Ädilen und Censoren ist, wie Jhering treffend hervorhebt (Zweck i. R. I, 510) unter diesen Gesichtspunkt zu bringen.

Daneben ist es freilich ein Ausfluss der individualistischen Grundauffassung der Römer, wenn sie gegenüber Verletzungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in so vielen Fällen nur eine „cuius ex populo“ zustehende actio popularis aufstellen (tit. Dig. XLVII, 23 de popul. act.)

Die geringe Einsicht in die Bedeutung der gesellschaftlichen Gliederung, zeigt sich auch in der Lehre von der culpa-Haftung, wo nicht der lebendige Begriff einer nach Stand und Beschäftigung zu beurteilenden Diligenzpflicht, sondern der abstrakt-schematische des „diligens paterfamilias“ das Normalmass abgiebt. Nur einmal, von Venuleius in l. 137 § 3 D. XLV, 1, wird die Berufsart berücksichtigt: „diligens aedificator“.

Mag all' dieses im Corpus Juris selbst nicht bewusst ausgesprochen sein — zur gerechten Würdigung des römischen Rechtes musste es hier erwähnt werden.

§ 3.

Gut und Vermögen.

Ungleicherspriesslicher ist das Ergebnis unserer Forschungen für die Lehre von den Objekten der Wirtschaft. Der Begriff des „Gutes“, bonum, ist den Römern bei ihrer praktischen

Denkweise bald klar geworden¹⁾. Unzähligemal finden wir denselben im C. J. In l. 49 D. L. 16 sagt Ulpian:

„naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est, beatos faciunt; beare est prodesse.“²⁾

Das charakteristische Moment ist also nach dieser — etymologisch überaus naiven — Begriffsbestimmung der Nutzen der Dinge, scil. für die Wirtschaft der Menschen. Aber freilich kommt keinem Gegenstande die Qualität als „bonum“ an sich zu, sondern erst durch seine Relation zu einer bestimmten Person, der er zugehört. Eine herrenlose Sache fällt nur unter den farblosen Begriff der res, während bona der typische Ausdruck für die einer Person zustehenden Objekte ist, l. 5 § 6 D. 36, 4:

„bonorum autem appellatione hae res comprehensae videntur, quarum proprietas ad heredem pertinet.“

In diesem Sinne wird das Wort auch gebraucht bei der actio vi bonorum raptorum („si cuius bona rapta esse dicuntur“, l. 2 pr. D. 47, 8); ferner bei der missio in bona und der venditio bezw. distractio bonorum im Konkurs (tit. D. 42, 7).

Aber nicht nur für die Einzelgüter einer Person, sondern vorzüglich für deren Gesamtheit, das Vermögen, ist das Wort bona technischer Ausdruck³⁾. So in l. 49 D. 50, 16 cit., wo dem natürlichen Begriff von bona (s. oben) die „bonorum civilis appellatio“ gegenübergestellt wird

„in bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint, aequè bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.“

Worin nun Ulpian hier den Gegensatz der naturalen und civilen appellatio bonorum setzt, das ist nicht ohne weiteres aus seinen Worten zu ersehen und daher controvers: früher verstand man meistens unter bona im natürlichen Sinn die Vermögensrechte, dagegen unter den civilen bona die zum Vermögen vereinte Gesamtheit der Vermögensrechte und -pflichten (Schulden). So

¹⁾ Hierzu Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz, Heft I, S. 12 ff.

²⁾ cf. dazu Neumann in Schönberg's Handbuch I, S. 155.

³⁾ Darüber Birkmeyer, Vermögen im juristischen Sinn, 1879.

Windscheid¹⁾ in den früheren Auflagen. Dagegen hat sich aber mit Recht Birkmeyer gewendet, indem er ausführte, dass bona naturaliter dicta „Güter im natürlichen Sinn“, d. h. ohne Rücksicht auf ihre etwaige Zugehörigkeit zu einer Rechtsphäre, bezeichne, während die civilis appellatio an ein solches „rechtliches Haben“ denke (S. 15 ff.) Ihm haben sich Windscheid in den neuesten Auflagen und Dernburg²⁾, sowie von National-ökonomen u. a. Neumann³⁾ angeschlossen. In der That weist nichts auf jene früher aus dem Citat herausgelesene Unterscheidung hin — als Kennzeichen der bona im natürlichen Sinn wird lediglich der Nutzen, d. h. ein rein wirtschaftliches Moment, angegeben; von rechtlicher Beziehung ist hier gar keine Rede. Erst der civile Begriff wird durch die Zugehörigkeit der fragl. Dinge zum Recht einer Person gekennzeichnet — ob Ulpian dabei die Schulden mitgerechnet wissen will, sagt er jedenfalls ausdrücklich nicht, da er als Beispiele nur Rechte angiebt (quae dominii nostri, quae in actionibus persecutionibus petitionibus sunt). Hätte nun aber die Zugehörigkeit der Schulden das unterscheidende Merkmal der bona in diesem Sinn abgeben sollen, so würde die völlige Auslassung eines auf sie bezüglichen Vermerks doch, gelinde gesagt, eine grosse Lüderlichkeit involvieren! So haben wir in der „naturalis appellatio bonorum“ des Ulpian eine Beweisstelle dafür, dass den Römern der rein wirtschaftliche Gutsbegriff wenigstens nicht ganz fremd gewesen ist.

Jedenfalls aber haben sie dem rechtlich bedeutungsvollen Vermögensbegriff eine ungleich grössere Sorgfalt zugewendet. Vermögen, bona in diesem Sinn oder auch patrimonium, ist ihnen „die Einheit der vermögenswerten Beziehungen einer Person“, wozu ausser den Rechten auch die Schulden gehören, l. 1 D. XXXVII, 1 (Ulpian):

„bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit: nam haec omnia bonis sunt coniuncta.“

¹⁾ Pandekten § 42 N. 3.

²⁾ Pandekten I § 48 N. 4.

³⁾ a. a. O. S. 152 N. 43.

Ferner l. 3 pr. D. das. (Ulpian):

„sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnun habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.“

In diesem Sinn wird auch der Ausdruck bonorum possessio (der prätorische Erbschaftserwerb) gebraucht. Hier hat bona also seinen ursprünglichen (cf. Pernice, Labeo I, 345) „naturalen“ Begriff vollständig abgestreift zu Gunsten des rein technisch-juristischen der Vermögensbestandteile (richtiger Vermögensobjekte, cf. unten) bezw. deren Gesamtheit. An anderen Stellen dämmert den Römern ein Bewusstsein davon auf, dass diese Anwendung des Worts bona nicht die eigentliche, ursprüngliche, sei. Javolenus in l. 83 D. L, 16 sagt:

„Proprie „bona“ dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent.

Ähnlich derselbe in l. 11 D. XLIX, 14. Paulus in l. 39 § 1 L, 16 bemerkt:

„Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.“

Nur auf die Aktiva bezieht sich der Ausdruck bona ferner in l. 28 D. XXVIII, 6 von Julian (denn der Haussohn kann ja Schulden haben!).¹⁾ Birkmeyer (a. a. O.) hat vornehmlich auf diese Stellen eine neue Lehre aufzubauen gesucht, wonach der römische Vermögensbegriff nur die Summe der Aktiva, nicht die Passiva enthielte. Diese Auffassung hat sich zwar wenig Freunde erworben, allein auch die herrschende Lehre glaubt (so Windscheid²⁾ und v. Savigny³⁾ aus jenen Stellen herauslesen zu müssen, dass die Römer einen „engeren“ und einen „weiteren“ Begriff des Vermögens unterschieden hätten. Beides ist u. E. verfehlt! Was zunächst Birkmeyer's Annahme angeht, so scheidet sie, wie schon Windscheid ausführt, am Sprachgebrauch der Quellen, namentlich der l. 1—3 cit. D. 37, 1. Und sie steht auch mit der so streng durchgeführten Schuldenhaftung

¹⁾ Über die verschiedenen Bedeutungen von „bona“ in den Quellen siehe auch Pernice, Labeo I, 345/9.

²⁾ a. a. O.

³⁾ System d. heut. Röm. R. I, S. 339.

des Erben in schneidendem Widerspruch: denn mag auch der Erbe, wie wir nicht bestreiten wollen, weniger Vermögenssuccessor, als Nachfolger der Persönlichkeit seines Erblassers sein, so ist es doch immer die vermögensrechtliche Persönlichkeit, die er vertritt, die andern Rechtsbeziehungen gehen nicht auf ihn über. Es könnte also auch nicht bei den Schulden dem so sein, wenn sie nicht zum Vermögen gerechnet würden. Aber auch der Windscheid'schen Ansicht wird man nicht beipflichten können! Es wäre sonderbar, wenn die Römer einem juristisch-technischen Begriff, wie Vermögen, eine engere und weitere Bedeutung hätten zuerkennen wollen! Wäre doch jener „engere Vermögensbegriff“ eine müßige Spielerei der Theorie, so ziemlich jeder praktischen Bedeutung bar, geblieben! Es ist eine unbewiesene Hypothese, unter den *bona* der II. 83 und 39 schlankweg das „Vermögen“ zu verstehen; jene Stellen bedeuten vielmehr nur Reste der älteren Auffassung, oder auch eine Reaction vom Standpunkte der natürlichen Terminologie, die unter „*bona*“ nur „*id quod prodest*“ versteht, gegen die diesen Ausgangspunkt ganz verwischende Kunstsprache, nach der *bona* „*plus incommodi quam commodi*“ haben können. Nur sind ihre Verfasser nicht zur Klarheit gelangt und auf halbem Wege stehen geblieben — sie wären sonst, statt von *bona improprie dicta* zu reden, zu demselben Resultat gekommen, wie Ulpian in I. 49, wonach *bona* eben zwei grundverschiedene Bedeutungen hat, Lebensgüter und Vermögensobjekte.

Doch gehen wir auf den Gutsbegriff zurück! So wenig derselbe von den Römern als solcher wissenschaftlich ausgebildet ist, so glauben wir doch aus I. 49 cit. und insbesondere aus der Verwendung des Begriffs „*bona*“ für „Vermögen“ entnehmen zu dürfen, dass sie als „Gut“ nur das ansahen, was nach der bekannten Lehre der österreichischen Schule (Menger, Wieser, v. Böhm-Bawerk) gemäss dem Satz vom „Grenznutzen“ individuellen Gebrauchswert hat. Wenigstens gebraucht Paulus in diesem engeren Sinn von „Gut“ auch das Wort *pecunia*

¹⁾ *patrimonium* = Vermögen z. B. in I. 1 pr., I. 4 § 2. I. 18 § 18 D. L, 4; pr. J. II, 1; I. 5 D. L, 16 u. s. w.

und unterscheidet scharf zwischen ihm und dem weiteren Begriff der *res*, l. 5 D. L, 16:

„*Rei appellatio latior est quam pecuniae, quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.*“

In diesem Satz hat Paulus u. E. mit Schärfe und Klarheit die Scheidung vollzogen, welche in der neueren Zeit die Nationalökonomik bekanntlich nach denselben Gesichtspunkten zwischen freien und gebundenen Gütern durchgeführt hat. Und auch noch andre Stellen ergeben zur Genüge, dass sich die grossen römischen Juristen über diesen wichtigen Unterschied klar waren! So kann nach Ulpian (l. 1 D. XXXIV, 1) unter geeigneten Bedingungen auch dem Wasser, im allgemeinen einem „freien“ Gut, individueller Wert und Bedeutung für das Vermögen zukommen:

„*si alimenta fuerint legata, dici potest etiam aquam legato inesse, si in ea regione fuerint legata, ubi venundari aqua solet.*“

Von den freien Gütern, die einen Teil der *res extra commercium* bilden, kennen auch schon die Römer zwei Klassen: erstens solche, die aus natürlichen Gründen nicht Gegenstand des Verkehrs bilden (§ 1—5 J. II, 1: „*ut mare, aër, aqua profluens*“) und zweitens solche, die wegen ihrer individuellen Wertlosigkeit nicht als Verkehrsgüter in Betracht kommen.¹⁾ Die ersteren sind „*natura omnium communes*“, sie stehen im Gemeingebrauch, soweit ein solcher an ihnen möglich ist — *maris communem usum omnibus hominibus*, l. 3 § 1 D. XLIII, 8.

Letztere werden jenen zwar nicht ausdrücklich an die Seite gestellt, ihre gleiche wirtschaftliche Behandlung ergibt sich aber daraus, dass auch sie „*extra computationem patrimonii*“ stehen. Ihnen gegenüber werden die Sachen von Wert als solche bezeichnet, *quae aestimationem recipiunt* (l. 9 § 5 D. I, 8) *quarum commercium est* (l. 6 pr. D. XVIII, 1).

¹⁾ cf. über diesen Unterschied Wagner, Grundlegung 2. A. 1879. S. 13—15.

Über die etwaige Qualität einer Sache als *res omnium communis* entscheiden danach wirtschaftliche Gesichtspunkte — so darüber, ob ein Fluss als *flumen publicum* die Extrakommerzial-Eigenschaft haben soll, die Frage, ob er auch im Sommer andauernd Wasser enthält oder austrocknet¹⁾. Ob ein Gewässer Fluss oder Bach, See oder Teich sein soll, bestimmt sich nach der *existimatio circumcolentium* (l. 1 § 1 D. XLIII, 12).

Nicht minder haben die Römer die Einteilung der Güter bezw. Rechtsobjekte nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten vollzogen.

1) Das zeigt sich in bedeutsamer Weise in der Sonderung der *res in vertretbare* und *nicht vertretbare* Sachen. Erstere, *quae pondere, numero, mensura functionem suam recipiunt*²⁾ können dem ökonomischen Effekt nach vollkommen durch *tantundem eiusdem generis* vertreten werden, wie Bücher, Getreide, Fabrikwaren. Den Gegensatz bilden die wirtschaftlich in ihrer konkreten Bestimmtheit in Betracht kommenden Gegenstände, bei denen *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*. (pr. J. III, 14; l. 42 D. XXIII, 3).

Auf einem ganz andern *principium divisionis* beruht die Unterscheidung von generisch und speziell bestimmten Sachen. Jene Klassifikation bezieht sich ganz allgemein auf eine gesamte Kategorie von Gegenständen, bei dieser wird nach der Bestimmung der fragl. Objekte für den einzelnen Fall gefragt. Suche ich bei einem Bäcker ein einzelnes Brot aus, so liegt ein Vertrag über eine *Speciessache* vor — und doch gehören Brote gewiss zu den *Fungibilien*! Die Römer waren sich über diesen Unterschied zweifellos vollkommen klar — cf. z. B. l. 54 pr. D. XLV, 1 — was freilich viele neuere Juristen nicht hinderte, denselben gründlich zu verkennen. Erst Goldschmidt³⁾ hat sich das Verdienst erworben, hier Klarheit zu schaffen; ihm sind Windscheid⁴⁾ u. a. nachgefolgt.

¹⁾ cf. Ulpian in l. 1 § 3 D. XLIII, 12.

²⁾ Paulus in l. 2. § 1. D. XII, 1.

³⁾ Handelsrecht § 61.

⁴⁾ Pandekten § 141.



2) Nahe verwandt ist die Einteilung der Güter in verbrauchbare und unverbrauchbare, je nachdem die zweckentsprechende Verwendung eine Verschlechterung bzw. Vernichtung des fragl. Guts zur Folge hat oder nicht¹⁾. Die res consumtibilis werden meist vertretbar sein und umgekehrt, wenn sich auch Ausnahmen finden — z. B. eine Flasche ganz seltenen alten Weines. Die Römer reden hier von res quae in abusu consistunt (l. 5 § 1. D. VII, 5) auch quae usu continentur, (l. 7. D. VII, 5). Insbesondere gehört das Geld nach römischer Auffassung hierher. Warum? U. E. aus keinem andern Grunde, als weil man hier die wirtschaftliche Funktion gegenüber der natürlichen Auffassung entscheidend sein liess. Rein physisch geht das Geldstück durch seinen Gebrauch, d. h. das Ausgeben, nicht unter, da aber seine ökonomische Bedeutung vorwiegend in der Möglichkeit besteht, andere Güter dafür zu beschaffen, so geht es freilich für den Eigner mit der einmaligen Benutzung zu Grunde. So auch l. 2. § 1 D. XII, l. 29 D. XLVI, 3; Knies a. a. O. S. 98. Diese Anschauung ist wieder ein deutlicher Beweis für die wesentlich privatwirtschaftliche Grundanschauung der Römischen Jurisprudenz — nicht ob eine Sache objektiv, sondern ob sie subjektiv für den Beteiligten mit dem Gebrauch verloren geht, ist das entscheidende Moment!

Der Gegensatz verbrauchbarer und nicht verbrauchbarer Sachen spielt eine grosse Rolle bei zahlreichen Instituten des römischen Rechts, und stets ist es das Geld, welches als wichtigster Repräsentant der ersteren erscheint. Hierher gehören alle die zahllosen Fälle, in denen Güter nur zeitweilig und beschränkt an Andre übertragen werden. Handelt es sich dabei um solche Gegenstände, die ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung nach jene zeitweilige Verwendung seitens eines Empfängers überdauern, so behält sich der Geber das Eigentum vor und überträgt an jenen nur die faktische Innehabung mit einem rein persönlichen oder beschränkt-dinglichen Recht. Bei Konsumtibilien dagegen ist eine derartige Gestaltung des Verhältnisses nicht denkbar — es bleibt zur Erreichung der fragl.

¹⁾ dazu Knies, Geld 2. Aufl. S. 89.

Zwecke nichts übrig, als dem Empfänger das Eigentum zu übertragen mit der Verpflichtung zur Erstattung von tantundem eiusdem generis zur bestimmten Zeit. Es ergibt sich dadurch fast bei allen Geschäften dieser Art ein Parallelismus:

- a) Leihe: Die leihweise, unentgeltliche Überlassung einer Sache behufs zeitweiliger Benutzung,
 - a) bei nicht verbrauchbaren Sachen commodatum, tit. Dig. XIII, 6,
 - β) bei verbrauchbaren Sachen, besonders Geld, mutuum, Darlehn, tit. D. XII, 1.
- b) Miete: Die vorübergehende, entgeltliche Überlassung einer Sache behufs Nutzung,
 - a) bei nicht verbrauchbaren Sachen, locatio conductio, tit. D. XIX, 2,
 - β) bei verbrauchbaren Sachen, (Geld), mutuum, verzinsliches Darlehen.¹⁾

Wie wir sehen, ist logisch das Kommodat der weitere, allgemeine Begriff. Und es ist auch der ältere — in primitiven Zeiten mit vorwiegender Einzelwirtschaft sind die Vermögensbeschaffenheiten zu gleichartig, ist das Netz gegenseitiger wirtschaftlicher Beziehungen zu locker geknüpft, als dass sich ein lebhafter Leihverkehr hätte ausbilden können. Und wenn man leih, wird es meist unentgeltlich, jedenfalls nicht gewerbsmässig geschehen sein. Ganz anders im entwickelteren Verkehrswesen! Hier nimmt die entgeltliche Gebrauchsüberlassung nach und nach einen so immensen Umfang an, dass die mehr für primitive Verhältnisse passende, persönliche Beziehungen voraussetzende Leihe der entgeltlichen Miete Platz macht.

Diese allgemeine Entwicklung hat auch das Darlehen mitmachen müssen, da es juristisch wie wirtschaftlich doch nur einen einzelnen, praktisch freilich besonders wichtigen Anwendungsfall, des Leih- bzw. Mietgeschäftes im weiteren Sinn bildet. Richtig hat dies namentlich Dankwardt²⁾ hervorgehoben.

Und alle diese Distinktionen sind auch der römischen Theorie keineswegs fremd, wenn man sich dort auch noch nicht zu

¹⁾ Auch der Fall der l. 31 D. XIX, 2 (Schiff des Saufeius)? cf. Pernice, *Labeo* II, S. 265.

²⁾ *Nationalök. und Jurispr.* II. S. 31.



scharfer, bewusster Gegenüberstellung und Begrenzung der Begriffe aufgeschwungen hat. Ulpian sondert Kommodat und Leihe nach dem etwaigen Vorhandensein einer Entschädigung, l. 5 § 12 D. XIII, 6:

„Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere: quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit.“

§ 2 J. III, 14: „commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.“

Auch der Unterschied zwischen Kommodat und Darlehen wird ziemlich scharf hervorgehoben. Rei commodatae, sagt Pomponius, et possessionem et proprietatem retinemus (l. 8 D. XIII, 6), wogegen das Darlehen ja sogar seinen Namen mutuum angeblich vom Eigentumsübergang, „quod ex meo tuum fit“ erhalten haben soll, et ideo, si non fiat tuum, non nascitur obligatio (l. 2 § 2 S. XII, 1 von Paulus). Das Darlehen ist daher nur an verbrauchbaren Gegenständen denkbar:

„mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, velut vino, oleo, frumento, pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis“ (Gaius, l. 1 § 2 D. XLIV, 7).

Umgekehrt aber

„non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat“ (Ulpian, l. 3 § 6 D. XIII, 6).

Und daher setzt Justinian in § 2 J. III, 14 den Unterschied beider Geschäfte auch ausdrücklich hierhin:

„Is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur cemmodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur.“¹⁾

¹⁾ Cf. noch über das Verhältnis von Darlehen und Miete Knies, Kredit I, S. 38.

c) Verwahrungsvertrag, depositum, die Übergabe von Objekten zur unentgeltlichen Aufbewahrung.

a) bei unverbrauchbaren Sachen gewöhnliches Depositum.

β) bei verbrauchbaren Sachen kann, da es sich bei der blossen Verwahrung nicht um Nutzen der fragl. Objekte handelt, die gleiche Behandlung eintreten — z. B. die Übergabe von Geld an eine Bank zu „verschlossenem Depot.“

Es kann dann aber auch Eigentumsübergang und Restitution von tantundum eiusdem generis ausbedungen sein, s. g. depositum irregulare. Darf dies neben dem Darlehen als selbständige Geschäftsform angenommen werden? Die herrschende Meinung ist dafür, indem sie von der Verschiedenheit der wirtschaftlichen Intentionen ausgeht — „denn der Empfänger will beim depositum irregulare dem Geber einen Dienst leisten, nicht ein Darlehn nehmen.“¹⁾ Dagegen hat sich aber neuestens Niemeyer gewendet²⁾ und behauptet, dass vom logischen und praktischen Standpunkt aus ein Unterschied zwischen dem mit Eigentumsübergang verbundenen Depositum und dem Darlehn nicht zu finden sei. Uns interessiert hier zunächst nur die Auffassung der römischen Juristen, und hinsichtlich ihrer verkennt auch Niemeyer nicht, dass sie wenigstens zum Teil die Selbständigkeit des d. irr. anerkannt haben. So namentlich Alfenus in l. 31 D. XIX, 2:

„Idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret.“

Ferner Papinian in l. 25 § 1 D. XVI, 3 und namentlich l. 24 das.

„Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante Sticho servo actore, esse apud me ut notum haberes, hoc epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo.“ quaeritur propter usurarum in-

¹⁾ So Dernburg, Pandekten II, § 93.

²⁾ das Depositum Irregulare, Halle 1889.

crementum. respondi depositi actionem locum habere:
quid est enim aliud commendare quam deponere?“

Ob hier der Verfasser nur um deswillen ein depositum angenommen hat, um ein formloses, beim Darlehn klagloses, Zinsversprechen klagbar zu machen, wie Niemeyer annimmt, kann dahingestellt bleiben, — uns genügt die Thatsache seiner Anerkennung. Und man that u. E. auch wohl daran: in der That erfordert die grosse Verschiedenheit der wirtschaftlichen Gesichtspunkte eine Sonderung von Darlehn und Depositum. Andernfalls würde man sich schwerlich der Konsequenz entziehen können, jedes durch Hingabe von Fungibilien gegen Rückerstattung von tantundem eiusdem generis gethätigte Geschäft, also auch die gleich ad d—e zu besprechenden, als Darlehn anzusehen, eine Konsequenz, die auch Niemeyer wohl nicht ziehen dürfte.

d) Niessbrauch, das *ius utendi fruendi alienis rebus salva rerum substantia* (l. 1 D. VII, 1)

a) eigentlicher N. bei unverbrauchbaren Sachen,

β) bei verbrauchbaren Gegenständen ist ein Nutzungsrecht nur denkbar unter Übereignung der Sache an den Niessbraucher gegen Rückerstattung des entsprechenden Quantums — *quasi ususfructus*.

l. 1. D. VII, 5 (Ulpian): „Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari.“

l. 2 D. das. (Gaius): „Sed de pecunia recte caveri oportet his, a quibus eius pecuniae ususfructus legatus erit. § 1:

Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi.“

e) Pfandrecht

a) im engeren Sinne ist das s. g. Sachenpfandrecht nur an unverbrauchbaren Gegenständen denkbar, an denen es dem Gläubiger ein Besitz- und resp. Verkaufsrecht gewährt.

β) Aber auch an Konsumtibilien wird ein „*pignus irregulare*“ anerkannt, bei dem der Schuldner seinem Gläubiger an den fraglichen Objekten das Eigentum überträgt gegen Restitutionspflicht des gleichen *Quantums* (so bei Amts- und Prozesskautionen).

Eine abweichende Anschauung über die Natur dieser „irregulären“ Geschäfte vertritt v. Böhm-Bawerk (*Kapital und Kapitalzins* I, S. 302 ff., 308; II, 300 ff.), namentlich bezüglich des Darlehens. Dies ist ihm kein der Pacht und Leihe, wie Knies fälschlich behauptete, analoges Geschäft (II, 304), sondern ein „wahrer Tausch gegenwärtiger gegen künftige Güter“. Denn „die wirkliche Identität“ der hin- und zurückzugebenden sei nur eine Fiktion. Hieran ist soviel richtig, dass von einer physischen Identität der Leistung und Gegenleistung beim Darlehen nicht die Rede sein kann, ebensowenig wie beim *dep. irregulare*. Aber darum sind solche Geschäfte auch „*irregularia*“. Was behauptet wird, ist nur eine wirtschaftliche Identität. Diese liegt darin, dass es bei *Fungibilibus* für den Verkehr nicht auf die Individualität ankommt, sondern nur auf ein *numero, pondere, mensura* bestimmtes *Quantum eiusdem generis*. Nur ein solches ideales *Quantum*, keine *Species*, ist bei den irregulären Geschäften in *obligatione*. Die Rückleistungspflicht dieses „idealen *Quantums*“ lastet auf dem Vermögen des Pflichtigen, dasselbe mindernd; und solange die Rückgabe aufgeschoben ist, nutzt er dasselbe in einem entsprechenden Teil seiner anderweitigen, sonst zur Anschaffung desselben erforderlichen Vermögenobjekte. Das Verhältnis ist daher wirtschaftlich für die Beteiligten dem regulären Leih- und Mietsverhältnis analog, während ein Vergleich mit dem Tausch uns fern zu liegen scheint.

3) Wenn wir nach dieser längeren Auseinandersetzung wieder zu den Einteilungen der Güter zurückkehren, so müssen wir zunächst erwähnen die Unterscheidung der teilbaren und unteilbaren Sachen. Gerade bei dieser Distinktion sind die Römer bewusst von rein ökonomischen Gesichtspunkten ausgegangen. So l. 26 § 2 D. XXX (Pomponius):

„*In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter*

indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est:“
Ähnlich § 5 J. IV, 17 („si commode divisionem recipiat“).

Also nicht der natürliche Standpunkt, nach dem fast alle Gegenstände teilbar sind, sondern der wirtschaftliche, der etwaige Einfluss der Teilung auf den Wert der Sache gab das entscheidende Kriterium ab. Daher können die Miteigentümer auch die ihnen sonst nach der römischen Anschauung stets und unbeschränkt (cf. l. 5 C. III, 37) zustehende Teilungsklage dann nicht anstrengen, wenn die Teilung wertzzerstörend wirken würde (Dernburg I § 197 Nr. 2).

4) Der Unterschied von Mobilien und Immobilien ist theoretisch wie praktisch von den Römern fast garnicht berücksichtigt worden — eine Thatsache, deren verhängnisvoller Einfluss auf die wirtschaftliche Entwicklung unseres Volkes zu bekannt ist, als dass wir uns darüber des längeren aufzuhalten hätten. Und bezeichnender Weise stehen selbst heute noch die meisten Romanisten unter dem Einfluss dieser mangelhaften Auffassung! Das sonst so treffliche Lehrbuch von Windscheid z. B. enthält über die bez. Fragen fast nichts, und auch Dernburg's Ausführungen, in der Regel durch gesunden, praktischen Blick ausgezeichnet, sind hier äusserst knapp.¹⁾ Erst den Germanisten und Nationalökonomern ist es gelungen, den fundamentalen Unterschied zwischen „liegendem Gut“ und „Fahrhabe“ wieder in gebührender Weise zur Geltung zu bringen.

Die Grundstücke teilen die Römer ein in praedia urbana und rustica, eine Unterscheidung, die auch praktische Bedeutung hat (so bei der Servitutenlehre und im Vormundschaftsrecht). Und hierfür ist die wirtschaftliche Bestimmung massgebend, l. 198 D. L, 16 — urbanum praedium non locus facit, sed materia. Übrigens wird von zahlreichen römischen Schriftstellern (cf. die Stellen bei Pernice, Labeo I, S. 263 N. 1) das Volk wenigstens theoretisch als ursprünglicher Eigentümer des gesamten Bodens angesehen.

¹⁾ Pandekten § 74; das. No 8 eine Aufzählung der rechtlichen Bedeutungen des Unterschiedes.

✓ Gewisse Beschränkungen des Grundeigentums cf. unten § 5; ferner in l. 52 D. XVIII, 1, wonach der Handel mit Gebäuden auf Abbruch verboten war.

5) Für unsere Untersuchung ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung die Ausbildung des Pertinenzbegriffs. Gewisse Sachen sind physisch selbständig, aber vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet unselbständig und nur im Interesse der Verwertung eines andern (Haupt-) Gutes von Bedeutung. Freilich ist auch der Pertinenzbegriff in R. R. nur unvollkommen entwickelt — er zeigt seine Bedeutung vorwiegend in einer Rechtspräsumtion, wonach Rechtsgeschäfte, die ohne Vorbehalt über die Hauptsache geschlossen, als auch auf die Nebensache gerichtet betrachtet werden. So entwirft l. 17 D. XIX, 1 eine sehr detaillierte Schilderung dessen, was beim Verkauf eines Landgutes einbegriffen sei. Fundi, heisst es dort, nihil est, nisi quod terra se tenet; aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt. . . .

§ 7 das.: „Labeo generaliter scribit, ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii, quae vero ad praesens, non esse aedificii: ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo positae fuerint, aedium sunt.“

l. 13 § 31 D. XIX, 1: „aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, ut puta putealia.“

Nach l. 3 D. XXXIII, 6 gelten beim „vinum legatum“ die vasa als mitvermacht, und der Titel XXXIII, 7 handelt ex professo vom Legat eines „fundus cum instrumento.“ Man hat darüber gestritten, worauf diese Behandlung zurückzuführen sei. Göppert¹⁾ will alles auf Willenserklärung der Beteiligten zurückführen, während Kohler²⁾ davon ausgeht, dass die Zweckverbindung verschiedener Sachen im Interesse der Kultur liege und die Trennung solcher wirtschaftlich zusammengehörigen Sachen daher die Erreichung der bezüglichen Kulturzwecke hindern. U. E. ist dabei unschwer die richtige Mitte zu

¹⁾ Organische Erzeugnisse S. 58; so auch Derenburg § 77 N. 2.

²⁾ Jherings Jahrbücher Bd. 26 S. 1 ff.; so auch Windscheid § 142 N. 3.

finden — allerdings ist auch hier, wie principiell stets im römischen Recht, der Wille der Beteiligten massgebend, und nur subsidiär, d. h. wenn diese eine ausdrückliche Bestimmung unterlassen, tritt ergänzend eine Rechtsvermutung ein — aber dass diese eintritt, bezw. dass sie gerade diesen Inhalt hat, ist auf wirtschaftliche Gesichtspunkte zurückzuführen. Denn wie *legalia semper praesumuntur*, so ist auch anzunehmen, dass jemand bei seinem Handeln die Gebote der wirtschaftlichen Zweckmässigkeit befolgt hat, solange er nicht ersichtlich das Gegenteil thut.

6) Zum Schluss ist noch eines wichtigen und folgenreichen Unterschiedes zu gedenken. Die Römer teilen nämlich die Gesamtheit aller *res* bezw. *bona* in zwei grosse Klassen, *res corporales* und *incorporales*. Denn, wie Ulpian in l. 23 D. L, 16 ausführt, „*rei appellatione et causae et iura continentur*“; eine Unterscheidung, die etwa die Begriffe unserer „Verhältnisse und Rechte“ wiedergibt. Auch wird von den Klagen und Forderungen gesagt, dass sie „*in bonis*“, also Vermögensbestandteile, seien. Da nun aber diese „*res*“ keine körperliche, greifbare Unterlage haben, stellte man sie als *res incorporales* den *res* im engeren Sinne (*r. corporales*) gegenüber. Von ihnen handelt der ganze Institutionentitel II, 2 —

„*Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. corporales eae sunt, quae sua natura tangi possunt: veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. incorporales autem sunt, quae tangi non possunt. qualia sunt ea, quae in iure consistunt; sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, velut fundus homo pecunia: nam ipsum ius hereditarium et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.*“

Bei dieser Unterscheidung, die übrigens in dieser Durchbildung und Schärfe zweifellos erst den letzten Zeiten der Republik

angehört (Dernburg § 67 N. 2), verhehlte man sich nicht, dass manche Rechtsbestimmungen für die Incorporalien unpassend und unverwendbar seien. So l. 3 pr. D. XLI, 2 — *possideri autem possunt quae sunt corporalia* — und l. 43 § 1 D. XLI, 1 — *incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*.

Wie haben wir uns nun zu dieser Einteilung zu stellen und was haben die Römer darunter verstanden?

Bei Beantwortung dieser Frage besteht zur Zeit eine Disharmonie zwischen den Vertretern der Rechts- und Volkswirtschaftslehre. Die herrschende Meinung der Romanisten, wie sie namentlich von Windscheid¹⁾ und Dernburg²⁾ vertreten wird, wie sie aber auch von nationalökonomischer Seite, z. B. in einer trefflichen Abhandlung von v. Böhm-Bawerk³⁾ Zustimmung findet, bestreitet die logische Richtigkeit der Unterscheidung. Es war den Römern danach nicht so sehr um eine Klassifikation der Vermögensobjekte, als um eine solche der Vermögensbestandteile zu thun. Zu letzteren aber Servituten, Forderungen u. s. w. zu rechnen, ist ganz korrekt. Nur musste man dann logisch konsequent auch das wichtigste, umfassendste Vermögensrecht, das Eigentum, hierherstellen; denn Bestandteil unseres Vermögens ist eben nicht die Sache selbst, welche vielmehr sein Objekt bildet, sondern die rechtliche Beziehung zur Sache, das Eigentum. Und hier ist der schwache Punkt in der ganzen Unterscheidung! Verführt durch die fast allgemeine Denk- und Sprachweise des täglichen Lebens, welche dem Haben des Rechts an der Sache fälschlich das Haben der Sache selbst substituiert, identifizierten die römischen Juristen Eigentumsrecht und Sache, eine Verwechselung, die, zumal bei der scharfen Durchbildung des römischen Eigentumsrechts, wohl erklärlich, aber um nichts weniger theoretisch verwerflich erscheint. Der richtige Gegensatz hätte nur sein können Eigentum — Servituten — Forderungen (Vermögensbestandteile), oder aber Sachen — Personen bezw. Leistungen (Vermögensobjekte)

¹⁾ § 42.

²⁾ I § 67.

³⁾ Rechte und Verhältnisse vom Standpunkt der volkswirtschaftl. Güterlehre, S. 9, 120.

— eine Vermengung beider principia divisionis enthält einen heillosen logischen Schnitzer!

Nur schwer wird man sich u. E. der Schlüssigkeit dieser Beweisführung entziehen können. Und doch ist es nur zu oft geschehen! Die herrschende nationalökonomische Lehre verteidigt demgegenüber entweder, wie Roscher¹⁾, die römische divisio, um an sie unmittelbar anzuknüpfen, oder sie giebt unabhängig von ihr eine ganz ähnliche Einteilung der „Güter“, wie Wagner.²⁾ Roscher zählt als Güter auf:

- a) Personen oder persönliche Dienste.
- b) Sachen.
- c) Verhältnisse zu Personen oder Sachen — res incorporales, wie Kundschaft, Firma u. s. w.; Dinge, die freilich nur für das Privat-, nicht für das Weltvermögen Bedeutung hätten.

Nach dieser Auffassung handelt es sich also bei unserer Einteilung um eine solche der Güter, d. h. der Vermögensobjekte. Und nicht nur von Nationalökonomem,³⁾ sondern auch

¹⁾ Bd. I, § 3.

²⁾ Grundlegung § 15.

³⁾ Hier ist sie allerdings herrschende Lehre, vergl. die Darstellung von Böhm. Konsequenter durchgeföhrt ist die Lehre von der Güterqualität der Rechte freilich selten — fast nur Macleod hat den immerhin anerkanntswerten Mut gehabt, daraus die Konsequenz zu ziehen, dass der Kredit, als welcher Forderungen und damit neue Güter herstelle, eine direkt produktive Kraft besäße. Wir vermögen mit v. Böhm nicht einzusehen, wieso Roscher, Schäffle und ihre Gesinnungsgeossen dazu kommen, diese Konsequenz abzuwehren. „An ihren Früchten sollt Ihr sie erkennen“ — eine Theorie, die solche Früchte zeitigt, deren Unrichtigkeit jedermann schon auf den ersten Blick herausfindet, kann nie und nimmer richtig sein! Wovon wir uns nähren, was wir genießen, wessen Dienst wir in Anspruch nehmen, das können immer nur reell existierende Dinge sein — d. h. Sachen oder Personen. Freilich, so mannigfaltig die Nutzleistungen sind, die ein Gut einer Person gewähren kann und um deretwillen ihm eben seine Gutsqualität zukommt, so zahlreich können die Beziehungen sein, in denen das wirtschaftende Subjekt dazu steht. Bald ist ihm nur eine, bald die andere, bald die Gesamtheit jener Nutzleistungen zugewiesen und in sein Vermögen eingegangen. So kann es kommen, dass ein und dasselbe Gut, nach Nutzleistungen geteilt, zugleich den verschiedensten Vermögen angehört. Und nicht anders wie mit den sachlichen Gütern steht es mit den Personen. Auch der Mensch als Träger seiner Arbeitskraft ist ein wertschaffendes, produktives Wesen

von Juristen ist die römische Unterscheidung so aufgefasst worden.

und man wird ihn bezw. seine Arbeitskraft nicht unrichtig als „Gut“ bezeichnen können. Hier ist nun nach Abschaffung der Sklaverei eine vollständige Beherrschung durch andere nicht mehr denkbar. Wohl aber können uns Menschen noch heute als Befriedigungsmittel unserer Bedürfnisse dienen durch einzelne Nutzleistungen, die sie uns, sei es mittels ihrer persönlichen Arbeitskraft oder mittels ihres Vermögens, zu beschaffen haben. Gerade diese vermögensrechtlichen Beziehungen zu andern Menschen nehmen mit zunehmendem Verkehr immer kompliziertere Formen an und spalten sich in die zartesten Verästelungen. Da tritt denn freilich die Realität des körperlichen Objektes stark zurück, der Stoff verschwindet hinter der Form und man kommt in Gefahr, zu übersehen, dass auch die letzten Ausläufer doch immer von einer gemeinsamen Wurzel ausgehen. In Wahrheit aber sind durch all' diese Differenzierungen keineswegs neue Güter geschaffen, sondern es hat sich nur die Verteilung der vorhandenen nach ihren Nutzleistungen auf mehr Vermögen differenziert. Wie von Böhm treffend ausgeführt, haben sich nur die Vermögensformen vermehrt, die Vermögensstoffe sind unverändert geblieben. (S. 96.)

Und nicht anders steht es um die vielberufenen „Verhältnisse“ wie Kundschaft etc. Es ist eine völlige Verkennung der Sachlage, hier schon präsenste Güter anzunehmen. Mögen tausendmal Kundschaften, Firmen, Patente, Zeitungen etc. verkauft oder von speculativen Köpfen zu ihrem Vermögen gezählt werden — das beweist nichts. Auch bei Hausverkäufen im Geschäftsviertel der Grosstadt werden bekanntlich „Zukunftswerte“ bezahlt, ohne dass darum dem Gegenwartswert vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus nur ein Deut zugesetzt würde. Ein Geschäft über bedingte Rechte, überhaupt eine *emptio spei*, ist eben kein Erwerb eines wahren Gutes, sondern ein aleatorisches Geschäft. Alles das zeigt sich deutlich vom objektiven Standpunkt aus betrachtet, der den Volkswirt doch allein interessieren kann. Die Kundschaft, die dem einen Geschäft auch in Zukunft zulaufen wird, entgeht dadurch den Konkurrenten und mit jedem eingehenden Unternehmen steigen die Chancen der anderen, gleichartigen. Ob aber Hinz oder Kunz den Zulauf haben wird, ist für den Nationalwohlstand höchlich gleichgiltig. Ein neues Gut ist dadurch ebensowenig geschaffen, als wenn jener diesem 100 Mark versprochen hätte. Für solche Zukunftsmusik lässt sich Paulus Ausspruch in l. 1 D. VII, 7 verwerten:

„*opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est.*“

Daher ist auch die Lehre von den „Immaterialgütern“, welche neuere Juristen (Kohler) mit grossem Pomp in die Welt gesetzt haben, eine recht zweifelhafte Bereicherung der Wissenschaft. Kohler hat übrigens nicht, wie er zu glauben scheint, diesen Terminus in die Wissenschaft eingeführt, denn schon Dankwardt sagt (Nationalök. u. Jurispr. II, S. 9) „Die produktiven Dienste von Arbeit und Kapital sind selbständige Immaterialgüter.“

So sagt Mansbach¹⁾, diese Einteilung sei nicht schief und verfehlt. Indem wir in der Aussenwelt nach Gegenständen zur Befriedigung unserer Bedürfnisse suchten, stiessen wir auf Sachen und Personen. Die ersteren nun unterwürfen wir vollständig unserer Herrschaft und machten sie dadurch zu Vermögensbestandteilen (!), wogegen Personen dazu nicht geeignet seien und zu uns nur in die Beziehung eines Verpflichteten treten könnten, eine Beziehung, die dann selbst als Gegenstand unseres Vermögens (!) erschiene. Sehen wir von der Unklarheit der Terminologie ab, welche M. „Bestandteil“ und „Gegenstand des Vermögens“ promiscue gebrauchen lässt, so ist offensichtlich, dass Mansbach mit Roscher in unserer Klassifikation eine solche der Vermögensobjekte sieht. Denn sein ganzer Ideengang geht von den in der Aussenwelt befindlichen „Gegenständen“ menschlicher Bedürfnisbefriedigung aus. Was die sachliche Kritik dieser Deduktion angeht, welche den Gegenstand der einen Beziehung der andern Beziehung selbst als gleichwertig an die Seite stellt, so können wir nur auf unsere obigen Ausführungen und die Anmerkung verweisen — wir müssen aber weiterhin auch bestreiten, dass die Römer, wie Mansbach und Roscher annehmen, mit dem Gegensatz der *res corporales* und *incorporales* die Vermögensobjekte, die Güter, gemeint haben. Das ergibt sich deutlich aus Ulpian's Ausspruch in l. 49 D. L, 16 cit. Hier wird zuerst von den Gütern im wirtschaftlichen Sinn gesprochen. Im scharfen Gegensatz dazu steht das subjektivistische „*in bonis nostris esse*“. Im Gegensatz zum Vorhergehenden — der Satz wird mit *autem* eingeleitet — stehen nicht nur *ea, quae domini nostri sunt*, in unserem Vermögen, sondern auch *actiones* und *petitiones*. Worauf kann der Gegensatz wohl anders abzielen, als dass letztere, die mit den *res incorporales* zusammenfallen, zwar Vermögensbestandteile (*in bonis nostris*), aber keine Vermögensobjekte (*bona* im natürlichen Sinn, Güter) sind? Und im *tit. Inst. cit.* wird zweimal mit Nachdruck als dasjenige, *quod incorporale est*, „*ipsum ius*“ bezeichnet im scharfen

¹⁾ Niessbrauch an Forderungen, Marburg 1880. S. 20.

Gegensatz zu den Lebensgütern, welche uns dies Recht verschaffen soll.

Wie wenig nun gar eine Theorie wie die von Macleod durch die Aussprüche des Corpus Juris gestützt werden kann, beweist die Schärfe, mit der die Römischen Juristen darauf hinweisen, dass durch Entstehen einer Forderung zwar das Vermögen des einen gemehrt, aber notwendig auch das des andern, des Schuldners, gemindert erscheint. l. 213 § 1 D. L, 16: „*aes alienum*“ est, quod nos aliis debemus: „*aes suum*“ est, quod alii nobis debent.“ Noch bezeichnender ist Ulpian's Bemerkung in l. 50 § 1 D. V, 1:

„*aes enim alienum patrimonium totum imminuere constitit, non certi loci facultates.*“

Ähnlich führt Paulus aus, dass eine Forderung an sich keinen Wert habe, sondern denselben erst durch die Solvenz des Schuldners erlange, l. 63 § 1 D. 35, 2:

„*cuius debitor solvendo non est, tantum habet in bonis, quantum exigere potest.*¹⁾

Und nicht minder bemerkt Pomponius (l. 25 D. L, 17), dass *plus cautionis in re est, quam in persona*. Daher haftet auch der Verkäufer einer Forderung im allgemeinen nicht für faktische Realisierung (*bonitas*), sondern nur für *veritas*, l. 4 D. XVIII, 4. Stellen wie l. 5 eod. sind aus dem besonderen Vertragsinhalt zu erklären (verkauft ist ein *certae summae debitum*).

So haben denn die Römer aus ihrer Einteilung keineswegs falsche Resultate gezogen, und die ganze Lehre von den *res corporales* und *incorporales* als den „Vermögensbestandteilen“ ist, von dem einen verzeihlichen Fehler der Identifizierung des Eigentums mit der Sache abgesehen, nicht einmal unrichtig.

Es kann hier nur kurz darauf hingewiesen werden, dass auch abgesehen von diesen Einteilungen die römische Rechtsbildung die Bedeutung der wirtschaftlichen Verschiedenheit der Güter wohl zu würdigen wusste. Ein lehrreiches Beispiel geben uns die Bestimmungen über Besitzerwerb und -verlust. Da wird denn Besitz angenommen an einem Eber, der in meine

¹⁾ cf. auch Martial II, 1: *Sexte, nihil debes, nil debes, Sexte, fatemur. Debet enim, si quis solvere, Sexte, potest.*

im Walde aufgestellte Fangnetze geraten ist, ohne dass ich das Tier selbst ergriffen zu haben brauchte (so Proculus l. 55 D. XLI, 1), da heisst es (l. 15 § 1 D. XVIII, 6, Paulus): *videri autem trabes traditas, quas emtor signasset*, da sollen die in einem Lagerraum befindlichen Waren als übergeben gelten, *si claves apud horrea traditae sint* (l. 74 D. XVIII, 1). Die ältere Jurisprudenz stand diesen Entscheidungen ziemlich ratlos gegenüber, um so ratloser, als sie mit andern Stellen in unlöslichem Widerspruch zu stehen schienen (so l. 1 § 2 D. XVIII, 6: *si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur.*“) Wenn v. Savigny¹⁾ lehrte, der Besitzerwerb bestehe in der Erlangung der physischen Möglichkeit, unmittelbar auf die Sache einzuwirken, so kann diese Bestimmung offensichtlich nur äusserst gezwungen, und auch dann nur unvollkommen, auf die quellenmässigen Thatbestände angewendet werden, wie v. Jhering²⁾ mit Recht hervorgehoben hat. Aber auch der letztere trifft nicht das Richtige, wenn er den Besitz nur durch das Eigentum bestimmen zu können glaubt und im Besitzerwerb die Thatsächlichkeit des Eigentums sieht. Wie soll denn ein Robinson Besitz erwerben — Eigentum existiert doch auf seiner Insel nicht! Gerade für Jhering, der stets das Zweckmoment im Recht betont, läge das Richtige doch nahe — das Recht ist nicht Selbstzweck, der Besitz ist nicht um des Eigentums, sondern das Eigentum des Besitzes wegen da, und der Besitz ist selbst nichts Anderes, als die Herstellung desjenigen Herrschaftsverhältnisses einer Person zu einer Sache, wie sie deren wirtschaftlicher Zweckbestimmung entspricht „der Lebenssitte konform ist“. Dies haben auch jüngere Vertreter einer mehr „socialen“ Rechtsanschauung bereits in dankenswerter Weise verfochten, so v. Pininski, „der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs“, Leipzig 1885/88.³⁾ Er nennt den Besitz die wirtschaftliche

¹⁾ Besitz § 14.

²⁾ Grund d. Besitzeschutzes.

³⁾ Im Resultat übereinstimmend auch Dernburg § 178 und Goldschmidt, ferner sehr klar der Nationalökonom v. Böhm-Bawerk, Rechte und Verhältnisse S. 37.

Verbindung von Person und Sache, das wirtschaftliche Dienen der Sache für eine Person (I, 26, 73, 115, 116). Ebenso ist neuerdings erkannt, dass auch der Besitzwille sich nicht auf Eigentum richtet (*animus domini*), sondern auf wirtschaftliche Beherrschung der Sache (*an. rem sibi habendi*).

Wirtschaftliche Gesichtspunkte sind es auch gewesen, welche die Römer bei Ausbildung der Rechtsfolgen bei Geschäften über fehlerhafte Sachen leiteten. Beim Kauf stellt das *ädilicische Edikt* den Grundsatz auf, dass minderwertige Gegenstände von den Käufern binnen gewisser kurzer Fristen (6 Monate und 1 Jahr) zurückgegeben bezw. eine entsprechende Preisminderung derselben gefordert werden können. Und nicht nur im Fall einer Kenntnis des Verkäufers sollen diese Klagen dem Käufer zustehen, sondern schlechthin, da ein solcher Umstand für sein Interesse ohne Belang ist, l. 1 § 2 D. XXI, 1:

Neque enim interest emtoris cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.

Im Anschluss an dieses Edikt entwickelte sich nun eine lebhaftere Thätigkeit der Jurisprudenz zwecks *casuistischer Feststellung* der in Frage kommenden Mängel, tit. Dig. XXI, 1, und wir dürfen wohl constatieren, dass fast jede einzelne Entscheidung von einem gesunden wirtschaftlichen Sinn Zeugnis ablegt.

Neben den Fehlern unterschied man ferner solche Eigenschaften einer Sache, welche derart zu ihrer Wesenheit gehören, dass jene ohne sie das nicht mehr ist, was sie vorstellen soll (Nach Goldschmidt, „Klassifikationsfaktor“). Dies „Individualisierungsmoment“ nennt Ulpian in l. 9. D. XVIII, 1 *substantia* oder *ὀψία*, und ein Irrtum hierin macht das Geschäft nichtig. Wann freilich „*eadem ὀψία*“ vorlag, dafür haben die römischen Juristen den richtigen Gesichtspunkt nicht gefunden, und insbesondere Ulpian's Entscheidungen lassen hier sehr viel zu wünschen übrig, ja, die Naivität seiner technischen und chemischen Anschauungen macht dabei manchmal einen überwältigend komischen Eindruck. So sagt er in l. 9 cit. für den Fall, si *acetum pro vino veneat*, das Geschäft sei giltig, si *modo vinum acuit*,

„ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur.“

Nach l. 11 h. t. soll bei Sklaven das Geschlecht über die „substantia“ entscheiden, nicht aber die Frage der virginitas. Nach l. 14 das. soll eine eherne viriola (giltig¹⁾) statt einer goldenen verkauft werden können „si auri aliquid habuit. si autem aes pro auro veneat, non valet.“ Ja nach l. 45 D. h. t. (Marcian) soll selbst der Kauf von aurichalcum (Messing) statt Gold zu Rechte bestehen!

Erst die neuere Wissenschaft hat an Stelle dieser äusserlichen Betrachtungsweise die wirtschaftliche Bestimmung des fragl. Objekts in den Vordergrund gerückt. Ulpian's Entscheidungen, die statt einer gesunden Berücksichtigung der „Regel des Lebens“ den hier ganz unbrauchbaren, der stoischen Lehre entnommenen Begriff der *ὀβία* als entscheidendes Kriterium heranziehen, werden von Zitelmann (Irrtum und Rechtsgeschäft S. 568—574) einer scharfen aber nicht unverdienten Kritik unterzogen.

§ 4

Wert und Preis.

Über die hier zu besprechenden Grundbegriffe geben uns zahlreiche Fragmente in dankenswerter Weise Anhaltspunkte. So wird wiederholt die Relativität des Wertes hervorgehoben, wie in dem beachtenswerten Ausspruch des Paulus in l. 63 § 2 D. XXXV, 2:

nonnullam tamen pretio varietatem loca temporaque adferunt: nec enim tandidem Romae et in Hispania oleum aestimabitur nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus, dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea quae raro accidat caritate pretia constituentur.“

¹⁾ D. h. das Geschäft ist nicht ohne weiteres nichtig; dass dagegen dem Käufer die ädilicischen Klagen zustehen, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung.

Daher ist der Wertbegriff nichts Objectives, den Dingen Immanentes, sondern er entsteht erst durch eine Relation zwischen dem Subjekt und Objekt der Wirtschaft. Nichts ist wertvoll, nichts wertlos an sich. Auch Wasser, im allgemeinen der häufigste und daher in seiner konkreten Individualität wertloseste Gegenstand, kann unter Umständen Wert bekommen und Vermögensbestandteil werden (oben S. 19). Ebenso differiert die Höhe des Wertes nach Raum und Zeit, und nur ein Gut giebt es nach römischer Anschauung, das von diesem schwankenden Zustande eine Ausnahme macht, nämlich die „materia“ des Geldes, der Paulus in l. 1 D. XVIII, 1 eine *perpetua aestimatio* zuschreibt.

Die moderne Unterscheidung zwischen Gebrauchs- und Tauschwert ist den Römern jedenfalls noch nicht klar zum Bewusstsein gekommen.¹⁾ Im allgemeinen wird die bloß subjektive Bedeutung eines Gutes nur für eine bestimmte Person im Rechtsverkehr nicht berücksichtigt, l. 33 pr. D. IX, 2: „*pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.*“ cf. dazu ferner die Nachweisungen von Fr. Mommsen, Beiträge II S. 122 ff.

Freilich ist es weniger der, immerhin wirtschaftliche, konkrete Gebrauchswert eines Dinges, als der auch für die Wirtschaftslehre nicht in Frage kommende Begriff des blossen Affektionswertes, dessen Berücksichtigung die Römer ablehnen. Dem Gebrauchswert dagegen substituieren sie in der Regel den Begriff des Interesse (s. unten), während sie als Wert nur den Tauschwert, die Kaufkraft des betreffenden Gegenstandes, anerkennen —

„*quanti valet fundus, hoc est quanti venire potest.*“

Auch die Unterscheidung zwischen Wert und Preis ist noch nicht mit genügender Schärfe ausgebildet, wenigstens fehlt eine sichere Terminologie. Das Wort *pretium* wird für beide Begriffe *promiscue* gebraucht²⁾. Es bezeichnet den Wert z. B. in l. 1 § 5 D. XIII, 5 (*si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituat*), l. 43 § 6 D. XXI, 1 und l. 24 D. XL, 9 (*nisi si*

¹⁾ was wir ihnen freilich bei dem leider auch heute noch so verworrenen Zustand der Lehre nicht verübeln können.

²⁾ cf. v. Jhering Abhandlungen I S. 70; v. Scheel a. a. O. S. 335.

quando maioris pretii sit is qui ante nominatus sit). Ebenso l. 15 § 3 und l. 17 D. VI, 1. Dagegen wird pretium für „Preis“ verwendet in l. 31 § 4 D. XL, 5 — „sin autem certo quidem pretio, quod non prima facie videtur esse iniquum, dominus servum vendere paratus est.“ — Ähnlich l. 32 § 2 D. tit. cit. XL, 5 (domini interesse, ut praeter pretium accipiat, quo pluris eam testator redimi iussit); l. 39 D. VII, 1; l. 19 pr. D. XIX, 5 (dedi tibi rem vendendam ut pretio uteris); l. 8 § 13 D. XX, 6 (pretio accepto); l. 8 C. IV, 44 (quod paulo minori pretio fundum venundatum significas); l. 9 C. VIII, 28; pr. und § 1 J. III, 23 (emptio et venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit. . . . Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest).

Ausserdem wird für Tauschwert auch gebraucht res valet (l. 1 pr. D. XIX, 1); valor, quanti valet (l. 1 § 16 D. XXXVI, 1), und namentlich aestimatio (l. 26 § 2 D. XXX.)¹⁾

Ein Marktpreis kommt in den (restituierten) ll. 2 und 3 C. X, 27 vor: „iusta pretia, quae in ea civitate obtinent; quae in foro obtinent, quo species in foro venales sunt“.

Trotzdem wird der Unterschied zwischen dem Wert als dem abstrakten Begriff, der „allgemeinen Möglichkeit“, und dem nur als konkretes Äquivalent für den fragl. Gegenstand auftretenden Preise von den Römern wohl erkannt. So unterscheidet Ulpian in l. 1 pr. D. XIX, 1 res valet (= Wert) vel emta est (= Preis). Interessant ist in dieser Hinsicht ferner l. 22 § 3 D. XIX, 2 von Paulus:

„Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere

sowie l. 16 § 4 D. IV, 4:

„Idem Pomponius ait in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“. Auch l. 10 C. VI, 44 etc.

¹⁾ cf. Tydemann Diss. S. 41.

So wird auch der Wert im Gegensatz zum wirklichen erzielten Preis als das *verum* oder *iustum pretium* bezeichnet (l. 32 § 1 D. XL, 5 — *cuius interest praeter verumpretium*). Viel wichtiger aber und charakteristischer noch ist die praktische Bedeutung des Gegensatzes beider Begriffe, wie sie ihnen von der späteren Kaiserzeit beigelegt wurde. Diocletian nämlich verordnete im Jahre 285 durch die l. 2 C. IV, 44

„*Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*“

Diese Konstitution ist in mehrfacher Hinsicht von hohem Interesse. Zunächst giebt sie vom Verhältniss zwischen Wert und Preis eine so treffliche Illustration, dass Roscher gerade sie als bestes Beispiel für den Unterschied beider Begriffe anziehen konnte.¹⁾ Dann aber zeugt unsere Bestimmung über die *laesio enormis*, wie man den betr. Fall bezeichnet, deutlich von der eigentümlich mangelhaften Terminologie der Römer — selbst hier, wo die Verschiedenheit von Wert und Preis eine so bedeutsame Anwendung fand, gebrauchte der Kaiser für beide denselben terminus, sich mit der Krücke des „*minoris*“ und „*maioris*“ helfend. Ferner aber beachte man den enormen Unterschied der wirtschaftlichen Grundauffassung, der sich in Diocletian's Gesetz im Vergleich zu den Aussprüchen der klassischen Jurisprudenz (wie z. B. l. 22 cit.) kundgiebt. Hier wird es als Grundsatz des Handelsverkehrs aufgestellt, dass ein *invicem sese circumscribere* statthaft sei, dort ist ein Missverhältnis zwischen Wert und Preis genügender Grund zur Annullierung des ganzen Geschäftes! Mit Recht sagt Endemann,²⁾ dass eine solche Bestimmung in der Blütezeit Roms nicht denkbar gewesen sei. In der That, sie athmet wie so viele Gesetze der späteren Kaiserzeit jenen Geist des baarsten Depotismus, der

¹⁾ Bd. I § 100 N. 1.

²⁾ Hildebrand's Jahrbücher I N. 314.

es liebt, sich mit dem erschlichenen Mantel der Menschenfreundlichkeit, der Billigkeit und Milde gegen die Bedrückten und Verschuldeten, aufzuputzen und dabei in seiner Erbärmlichkeit doch weder die Fähigkeit noch die Neigung dazu hat, wirklich grosse Ziele zu verfolgen. Nur einer solchen Zeit konnten auch die von Diocletian eingeführten willkürlichen Preistaxen ihre Entstehung verdanken.

Es ist neuerdings von Neumann¹⁾ bestritten worden, dass das römische *pretium* mit unserem „Preis“ zu identifizieren sei. Denn nach der römischen Auffassung sei ein *pretium* nur in Geld denkbar, während das mit dem „Preise“ sich umgekehrt verhalte. Wir müssen die Schlüssigkeit dieser Behauptung in Abrede stellen. Allerdings bezeichnet bei uns das Wort „Preis“ vielfach in weiterem Sinne jedes für eine Sache hingeebene Äquivalent — dass aber diesem so weit gefassten Ausdruck irgend eine technische Bedeutung zukäme, müsste uns Neumann erst näher nachweisen. Solange Geld und nur Geld das „allgemeine Tausch- und Zahlungsmittel“ ist, — fungieren doch auch die s. g. Geld- und Kreditpapiere, selbst auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet, nur als dessen Stellvertreter — solange wird auch als Preis im eigentlichen Sinne nur Geld erscheinen. Nicht anders aber ist der Sprachgebrauch bei den Römern! Beim Kauf wenigstens, dem vornehmsten Verkehrsgeschäft, muss das *pretium* in Geld bestehen, „*pretium in numerata pecunia consistere debet*, § 2 J. III, 23,¹⁾ cf. auch l. 26 D. X, 2.²⁾ Aber das hat keine ausschliessende Bedeutung — das *pretium* in diesem Sinne bezweckt vornehmlich nur die Abgrenzung des Kaufes vom Tauschgeschäft. Denn *utramque videri et venisse et pretii nomine datam esse rationem non pati*, eine solche notwendige Sonderung zwischen *res* und *pretium* sei nicht möglich, wenn letzteres nicht ein für allemal in einer bestimmten Ware bestände (gegen die abweichende Ansicht der Sabinianer!). Es heisst also keineswegs, dass ein Preis ohne Geld

¹⁾ H. B. I, S. 174.

²⁾ siehe auch Tydemann, S. 49.

unmöglich wäre, sondern nur, dass sich ohne dasselbe Preis und Ware nicht unterscheiden liessen. Daher ist denn beim Tausch ein pretium keineswegs undenkbar, was nach Neumann's Ansicht der Fall sein müsste, sondern nur „non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit“. (l. 1 pr. D. XIX, 4.)

Ein wichtiger Begriff ist im römischen Recht der des Interesses,¹⁾ id quod alicuius interest. Dieses vielberufene und vieldeutige Wort bedeutet dort den Nachteil im Vermögen, der einer Person durch irgend ein schädigendes Ereignis zugefügt worden ist, den Unterschied zwischen dem Vermögensbestande, wie er ohnedies sein würde, einerseits, und demjenigen nach Eintritt des Ereignisses andererseits. Auch dieser Begriff ist ein rein wirtschaftlicher. Dem Interesse der Affektion, des rein subjektiven Beliebens wird keine Rechnung getragen. Eine etwaige gegenteilige Auffassung führt Paulus in l. 19 D. X, 4 sehr hübsch ad absurdum:

„ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. sed quidam consulit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interest. respondit non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. num illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibitum, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset.“

Unsere Aufgabe beschränkt sich darauf, das Verhältnis von Interesse und Wert festzustellen. Auch hierüber herrscht bei vielen Juristen noch Unklarheit. Puchta²⁾ und Unger³⁾ z. B. wollen das Interesse auf den Wert zurückführen und charak-

¹⁾ cf. Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. II: Die Lehre von dem Interesse.

²⁾ Institutionen II § 260: Die Ästimation geht (sc. in diesen Fällen) auf den Wert, den der Gegenstand für den Gläubiger hat . . . Das Interesse ist der Wert von etwas in Beziehung auf das gesamte Vermögen einer Person.

³⁾ öst. Pr.-R. I. § 47.

terisieren es als den „ausserordentlichen Wert.“ Das ist entschieden zu eng. Der Wert bezieht sich stets auf ein bestimmtes Gut oder doch einen Güterkomplex, er wohnt demselben zwar keineswegs objektiv inne, erscheint aber notwendig als eine Relation zwischen Subjekt und Objekt der Wertschätzung. Anders das Interesse. Es ist etwas rein Subjektives, die Bedeutung einer Thatsache für den gesamten Vermögenszustand einer Person, eine Bedeutung, die durchaus nicht oder doch nicht ausschliesslich in dem Werte einer Sache zu beruhen braucht. Wenn jemand einen Arbeiter körperlich verletzt, so besteht dessen Interesse in den entstandenen Kurkosten (damnum emergens nach der römischen Distinktion¹⁾ und dem entgangenen Arbeitslohn (lucrum cessans). Wo aber ist hier von dem Wert einer bestimmten Sache die Rede? Mit Recht bestimmt Paulus das Interesse in l. 13 pr. D. XLVI, 8 in dieser subjektivistischen Weise —

„in quantum mea interest, id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui.“

Insbesondere der beim Interesse einzurechnende sog. „entgangene Gewinn“ wird sich nicht ungezwungen unter den Wertbegriff bringen lassen. Mit Recht hat daher auch Mommsen gegen eine Vermengung von Wert und Interesse Verwahrung eingelegt²⁾, mit Recht haben ferner G. Meyer³⁾ und Neumann⁴⁾ darauf hingewiesen, dass unter dem Interesse manches inbegriffen sei, was nicht zum Wert gehöre.

Wir brauchen wohl nicht hinzuzufügen, dass die Abschätzung des, vom Schädigenden evt. zu erstattenden, Interesses nach der Grundauffassung der klassischen Jurisprudenz frei und ungehemmt sein muss. Anders auch hier die Kaiser! Justinian hat in der l. un. C. VII, 47 bestimmt, dass das zu erstattende Interesse nicht über das doppelte des wahren (scil. Tausch-)

¹⁾ cf. die bei Mommsen S. 134 angeführten Stellen.

²⁾ a. a. O. S. 15 fg.

³⁾ Expropriation S. 272.

⁴⁾ H. B. I. S. 171 fg., auch das. No. 137.

Wertes hinausgehen solle — ein würdiges Seitenstück zu der gleichwertigen „*laesio enormis*“ seines teuren Vorgängers Diocletian!

§ 5.

Das Eigentum.

Wenn hier dem Eigentum nach dem Vorbild der neueren Volkswirtschaftslehre (so Roscher und Wagner) eine besondere Betrachtung gewidmet wird, so hat das für die Betrachtung römischer Anschauungen noch seine ganz besondere Berechtigung. Denn gerade vom Standpunkt der Römer aus ist das freie, unbeschränkte Privateigentum bekanntlich wohl der wichtigste Grundbegriff, der eigentliche Eckstein alles Rechts und aller Wirtschaft. Dem Umfang nach erstreckt sich das römische Eigentum auf alle Sachen oder richtiger Güter, Mobilien wie Immobilien, leblose Gegenstände wie Tiere oder Sklaven, ja auch die Gewalt des Hausvaters über Weib und Kind kann wenigstens für die ältere Zeit als eine Art Eigentum aufgefasst werden. Hatte er doch über sie ursprünglich das *ius vitae necisque*, konnte er sie doch an Dritte verkaufen oder vorübergehend *mancipio dare*, stand ihm doch, wie bei Entziehung körperlicher Sachen die *rei vindicatio*, auf Herausgabe des Kindes die *fili vindicatio* zu. Und inhaltlich waren die Befugnisse des Eigentümers wenigstens principiell unbeschränkt — er konnte die Sache in beliebiger Weise gebrauchen, verzehren, teilen, veräußern und sein Bestimmungsrecht selbst über den Tod hinaus durch freie Vererbung *aeternisieren*. Und in Kollision mit den Interessen anderer Personen schlug das Eigentumsrecht glatt durch — mochte ein Dritter gegen schweres Geld eine Sache von einem scheinbaren Eigentümer erstanden haben, so kommt der *verus dominus*, weit entfernt, dass sich sein Recht an dem gutgläubigen Erwerb gebrochen hätte, die Sache *vindizieren* — *ubi meam rem invenio, ibi eam vindico!* Denn wie es beim Erwerb des Eigentums nicht auf *socialis*

Gesichtspunkte, sondern auf den einseitigen Willensakt des Erwerbes, die Occupation ankam, so musste auch bei der Frage nach der Fortdauer des einmal erworbenen dominium der gesellschaftliche Standpunkt hinter dem starr-subjektivistischen Willensprincip verstummen. Ohne eigene Mitwirkung kann der Herr sein Recht nicht verlieren —

id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.

Und nicht einmal ein Erstattungsanspruch ist dem gutgläubigen Erwerber wegen des ausgelegten Kaufpreises zugebilligt, wie in neueren, auf germanischem Rechtsbewusstsein beruhenden, Gesetzgebungen.

Nicht minder erstreckte sich das Recht des Eigentümers auf alles das, was im Fall einer Umgestaltung der Substanz aus seiner Sache entstand, wie die Balken des Hauses, die Stücke des zerschlagenen Edelsteins, namentlich aber auf die organischen Erzeugnisse, die Früchte. Dies ging soweit, dass auch der Niessbraucher einer Sache die fructus nicht schon durch ihre Trennung von der Muttersache erwarb, dazu vielmehr erst einer besonderen Aneignung bedurfte. Stahl daher jemand vor diesem Akt die Früchte, so stand dem Herrn, nicht dem Nutzniesser, die *condictio furtiva*, die Diebstahlsklage, zu, l. 12 § 5 D. VII, 1, ein in seiner Spitzfindigkeit für die römische Eigentumsidee recht bezeichnender Ausspruch! Noch weiter ging man beim Pächter. Da diesem überhaupt keinerlei dingliches Recht am Grundstück eingeräumt wurde, so erschien es der römischen Doktrin ganz unfassbar, ihn durch einseitigen Akt das Eigentum der Früchte erwerben zu lassen — man bedurfte zur Erklärung seines Erwerbs der Annahme, dass derselbe durch die fortdauernde Einwilligung des Verpächters vermittelt werde, also eigentlich auf Übergabe (*traditio*) beruhe, l. 62 § 8 D. XLVII, 8:

„fructus quamdiu solo cohaerent, fundi esse et ideo cololum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere.“

Und wenn auch die Früchte von einem überragenden Ast auf das Nachbargrundstück herüberfielen, so brach sich das Eigen-

tumsrecht daran nicht — man durfte sie vielmehr ein um den andern Tag selbst auf dem Boden des Nachbarn auflesen, l. un. D. XLIII, 28: „*glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto*“, statuierte das prätorische Edikt.

Wir werden freilich späterhin sehen, wie wenigstens in einigen Punkten die römische Doktrin dem Verkehrsbedürfnis und den Anforderungen der produktiven Arbeit auf Kosten des Eigentums gewisse Konzessionen machen musste — aber dieselben blieben Ausnahmen und entstammten dem Geiste einer Zeit, die das spezifisch - römische Element bereits abgestreift hatte.

Dem Eigentumsprincip der Römer entsprach auch die eigentümlich schwache Ausbildung des Miteigentums in ihrem System. Von dem germanischen „Gesamteigentum“¹⁾ finden wir natürlich bei ihnen keine Spur, aber auch das gewöhnliche Miteigentum *pro partibus indivisis* ist relativ wenig ausgebildet. Und das lässt sich leicht erklären! Denn der scharf pointierte Begriff erforderte für jeden Beteiligten ein unbeschränktes Recht, eine ungehemmte Verfügungsgewalt. Jedem stand *principaliter* die ganze Sache zu, wie Celsus, einer der schärfsten römischen Juristen, mit Nachdruck hervorhebt:

„*et ait Celsus duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.*“

Man hat bitter darüber gestritten, was geteilt sei — ob die Sache selbst nach ideellen Anteilen, wie Steinlechner, oder der Wert bzw. Nutzen der Sache, wie Windscheid, oder endlich das Recht an der Sache, wie Scheurl und andere wollen. Wir können an dieser Stelle nur kurz bemerken:

a. Eine ideelle Sachteilung ist u. E. etwas Undenkbares — ein Recht, eine Herrschaft kann über nichts Gedachtes, sondern nur über Reales ausgeübt werden.

¹⁾ Mit diesem Ausdruck wollen wir uns übrigens keineswegs auf eine der streitenden Theorien der Germanisten vincuieren.

b. Der Wert bzw. Nutzen ist, wie wir schon ausgeführt haben, nichts Reales, den Dingen Immanentes, sondern entsteht erst durch ihre Beziehung zu einer Person. Soll also die Art dieser (rechtlichen) Beziehung festgestellt werden, so kann man sich auf nichts berufen, was seinerseits schon eine solche Beziehung voraussetzt. „Der Wert ist nichts Selbständiges“ (Dernburg § 195). Auch widersprechen beide Auffassungen den Quellen.

c. Der Rechtsteilungs-Theorie ist der Vorwurf gemacht, sie scheitere daran, dass Rechte nicht teilbar seien. Fasst man das Problem der Rechtsteilung im landläufigen Sinne auf, so ist dieser Einwurf wenigstens vom Standpunkte des römischen Rechts aus begründet. Wenn jeder Miteigentümer selbständig die vindicatio anstrengen kann, sowohl den Genossen wie dritten gegenüber (l. 6 pr. D. VI, 1; Dernburg § 196 N. 12), wenn das Erlöschen eines Teilrechtes mit unerbittlicher Notwendigkeit ein Anwachsen der erledigten Portion an die Genossen zur Folge hatte, l. 3 D. XLI, 7, l. un. C. VII, 7, eine Konsequenz, die erst in der Kaiserzeit zu Gunsten der Freilassung eines Sklaven gemildert wurde, l. un. cit., so kann der Anteil des einzelnen Miteigentümers unmöglich von vornherein auf ein bestimmtes Rechtspartikelchen beschränkt gewesen sein — er musste principiell aufs Ganze gehen. Nur concursu fiunt partes, dieser Satz des Erbrechts gilt auch hier: das Recht jedes socius, a priori auf das Ganze gerichtet, wird nur in seiner Entfaltung durch das gleichstarke Recht der Miteigentümer gehemmt, gewissermassen comprimiert, schnell aber mit Beseitigung des Hindernisses sofort wieder zurück. Nur mit dieser Anschauung vertragen sich die Quellenstellen, was auch Dernburg (§ 195 N. 7) mit Bezug auf l. 3 cit. nachdrücklich hervorhebt.¹⁾ Hier sagt Modestin:

„an pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.“

¹⁾ cf. überhaupt Dernburg Pr. Pr. B. I § 222. Interessant l. 3 pr. D. VII, 2.

Hätten die Miteigentümer nur Teilrechte im Sinne der herrschenden Lehre, so wäre diese Entscheidung ganz unverständlich — warum soll der Eigentümer mehrerer Teilrechte nicht ebensogut eins derselben aufgeben können, wie der Eigentümer nur eines Partialrechtes eben dies einzige? In Wahrheit lässt sich das Eigentum nicht in Teile dieser Art zerlegen, jeder ist, wenn ich so sagen darf, *dominus ex asse*, so lange ihn die Konkurrenz anderer nicht hindert — folglich kann er auch *derelinquieren* „*ut hoc sit in parte, quod in toto.*“

Damit ist das Geheimnis des Miteigentums erklärt. Darum kann jeder im Princip alles mit der Sache vornehmen, wird aber durch die gleichwertigen Befugnisse der andern in der Ausübung derart gehemmt, dass das Uebermass seiner Befugnisse schlieslich ins gerade Gegenteil umschlägt, und dem Resultate nach die selbständigen Verfügungs- und Nutzungsrechte der Einzelnen in Bezug auf die gemeinsame Sache fast auf den Nullpunkt herabsinken, l. 28 D. X, 3:

„*Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat.*“

Nur durch das Damoklesschwert der Teilungsklage (*actio communi dividundo*), die jedem Miteigentümer stets zustand, mochten die widerspenstigen Elemente unter den Socien häufig „zur Raison gebracht“ werden können.

Das Eigentum war ferner principiell frei von Schranken zu Gunsten anderer Privaten. Nahm jemand ein Recht an fremder Sache in Anspruch, so musste er dasselbe nicht nur als Kläger mit der *actio confessoria* nachweisen, sondern dieser Beweis lag ihm auch dann ob, wenn der Eigentümer gegen Eingriffe und Besitzhandlungen seitens des angeblich in iure Berechtigten die *actio negatoria* anstellte. So wenigstens nach der herrschenden Lehre, während von Manchen freilich dem Eigentümer wenigstens dann die Beweislast auferlegt wird, wenn der Gegner sich im thatsächlichen Besitz des fragl. Rechts (*sit venia verbo*) befindet.¹⁾ Es ist bekannt, zu welch verhängnisvollen Folgen

¹⁾ cf. darüber Dernburg I, § 256, nam. N. 16 die fraglichen Stellen.

gerade dieser Satz der römischen Eigentumslehre geführt hat — die gelehrten Juristen des 15. bis 17. Jahrhunderts wandten, jedes Verständnisses für die nationalen Grundbesitzverhältnisse bar, auf die deutschen Bauerngüter die römischen Grundsätze an und verlangten demgemäss im Zweifel von den Bauern als den in re aliena Berechtigten gegenüber den Herren als den domini den Beweis ihrer Gerechtsame!

So scheint das römische Eigentum allerdings das vollständige und unbeschränkte Recht über eine Sache zu sein und aller Schranken zu spotten. Und doch muss nicht nur vom modernen, sondern auch vom römischen Standpunkt aus entschieden behauptet werden, dass diese „Unbeschränktheit“ des Eigentums doch nur sehr bedingt vorhanden ist, dass ihm als einem lediglich subjektiven Privatrecht, einem Kind der allgemeinen Rechtsordnung, stets und notwendig eine unübersteigliche Schranke gesetzt war — die des jeweilig geltenden objektiven Rechts und damit der Kultur- und Wirtschaftsverhältnisse, deren Spiegelbild sich in der Rechtsordnung stets reflektiert! Niemals ist es den Römern eingefallen, das Eigentum nach jener unhistorischen Manier der naturrechtlichen Schule als etwas vor aller Rechtsordnung Vorhandenes, Unabänderliches und der historischen Entwicklung, der Umgestaltung der Rechtsordnung Entrücktes zu bezeichnen. Was von jeher da war und stets sein muss, ist nur der Besitz, von dem das Eigentum erst im Lauf der Zeit abgeleitet ist.

„dominium rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait.“ (l. 1 § 1 D. XLI, 2.)

Als „naturalis“ wird hier nur der Besitz im Gegensatz zum Eigentum bezeichnet. Und wir werden gleich sehen, dass sich die Römer nie gescheut haben, wo es das Interesse der Gesamtheit erforderte, dem Eigentum auch wirklich Fesseln aufzulegen — Zeugnis davon legen all' die gesetzlichen Nachbarrechte und Eigentumsbeschränkungen ab, die uns jedes Pandektencompendium in stattlicher Reihenfolge aufzählt. Und es kommt keinem römischen Juristen in den Sinn, auch nur mit einer Silbe anzudeuten, dass er in diesen Bestimmungen etwas Singuläres, der Eigentumsidee Widerstreitendes finde. Dies

herauszulesen, bedurfte es erst jener genialen Verkennung aller socialen Faktoren, welche leider so lange die Deutsche Rechtswissenschaft ausgezeichnet hat. Es ist bezeichnend, dass man jene Bestimmungen, welche dem Eigentümer im Interesse der Gesellschaft Pflichten auferlegten, nicht anders, als durch den privatrechtlichen Begriff der Servituten sich erklären konnte, und da jene „Beschränkungen“ unmittelbar durch Gesetz statuirt wurden, sie schlangweg „Legalservituten“ nannte. Glücklicherweise ist das längst ein überwundener Standpunkt — aber auch heute noch stellt ein so ausgezeichneteter und einflussreicher Forscher wie Bernhard Windscheid den Satz auf: „das Eigentum ist als solches schrankenlos (§ 167) und jene Bestimmungen sind daher „Beschränkungen“ desselben.“ Das klingt noch immer stark an jenes naturrechtliche Idealbild vom absoluten Eigentum an, dass man sich aller Geschichte zum Trotz zurecht gemacht hat! Andre Forscher sind freilich einer socialen Eigentumsidee erheblich näher getreten — vor allen v. Jhering in seinem gewaltigen „Zweck im Recht“ (I, 520 fg.); nicht minder auch Hartmann¹⁾ und Dernburg.²⁾ Wenn die Römer bei alledem das Eigentum im Princip scharf und schroff ausbildeten, so lag die Schuld nicht an einer falschen Eigentumsidee, sondern ausschliesslich an ihrer völligen Verkennung der Gesellschaft und deren Bedeutung. Fehlt der Blick für die Existenz der Gesellschaft, so wird die Rücksicht auf sie auch die Rechtsbildung nicht beeinflussen können. Und einem Volk, dem die sociale Gliederung fast vollständig abging, dessen Produktionsprincip in der occupatio bestand, konnte auch nur eine entsprechende individualistische Ausbildung der Rechte frommen.³⁾

¹⁾ Jherings Jahrbücher XVII S. 124 fg.

²⁾ Pandekten § 192 N. 7 — „Alle Rechte des Individuums, insbesondere auch das Eigentum, sind durch die Rücksicht auf die Gesellschaft beeinflusst und rechtlich gebunden.“ — § 198 „Das Maass der Eigentumsbelastungen ist nach den nationalen Anschauungen, den jeweiligen Bedürfnissen, den Zeitströmungen ein verschiedenes.“

³⁾ Die Konsequenzen für die heutige Rechtsgestaltung enthalten wir uns hier zu ziehen. cf. übrigens noch Wagner Grundlegung S. 365 N. 9. Baron Pandekten § 136; Windscheid § 169 N. 2.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, alle diese „Nachbarrechte“ und ähnliche Bestimmungen im Einzelnen anzuführen. Wir erinnern nur an das Verbot, auf das Nachbargrundstück durch Rauch oder Dampf schädigend einzuwirken (l. 8 § 5 D. VIII, 5), an die schon in den Zwölftafeln enthaltene Vorschrift der Einhaltung des „legitimum spatium“ von $2\frac{1}{2}$ Fuss beim Bau an der Grenze (l. 14 D. VIII, 2), an das Recht des Nachbarn, die überhängenden Äste „quindecim pedes altius“ abzuhauen (l. 1 § 7 D. XLIII, 27), an die Pflicht der Gewährung des Notwegs, sowie an die ausdrücklich an wirtschaftliche Erwägungen anknüpfende Konstitution Justinians in l. 14 C. III, 34:

„sancimus itaque nemini licere sic aedificare vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat et inutilem domino aream et fructuum inutilitatem faciat.“

Dem allgemeinen Interesse dienten die Bauordnungen, wie die des Zeno für Constantinopel, l. 12 C. VIII, 10; die Pflicht der Uferbesitzer zur Gewährung des s. g. Leinpfades, § 4 J. II, 1:

„Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his repone-
re cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent.“

Und das ist keine positive Specialbestimmung, sondern folgt aus der Natur der Sache (iuris gentium est) und wird in einem Institutionenwerk erwähnt!

Hierher gehören auch die, freilich gleichfalls erst der Kaiserzeit entstammenden Bestimmungen zu Gunsten des Bergbaus.

l. 3 C. XI, 7 (6): „Cuncti, qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis¹⁾ effosionibus persequuntur, decimas etiam domino repraesentent, cetero modo suis desideriiis vindicando.“

Nur zum Schaden eines Gebäudes darf der Bergbau nicht betrieben werden, l. 6 h. t.:

„Quosdam operta humo esse saxa dicentes id agere cognovimus, ut defossis in altum cuniculis alienarum aedium

¹⁾ Mit diesen Worten erkennen Theodos und Valentinian auch die wirtschaftliche Bedeutung, die Productivität der Arbeit an.

fundamenta labefactent. qua de re, si quando huiusmodi marmora sub aedificiis latere dicantur, perquirendi eadem copia denegetur.“

Ja, selbst von dem so streng durchgeführten Grundsatz der unbedingten Vindizierbarkeit aller Sachen liess man eine interessante Ausnahme zu im Fall des tignum iunctum. Wenn Balken in ein Haus eingebaut waren, so wurden sie für die Dauer dieser Verbindung der Vindication entzogen. Ulpian berichtet darüber in l. 1 pr. D. XLVII, 3:

„lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare.

Er fügt hinzu:

„Quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur.“

Es liegt auf der Hand, dass Ulpian mit dieser Herleitung des Gesetzes aus wirtschaftspolitischen Gründen das Richtige getroffen hat — zu der stricta ratio des römischen Eigentumsprinzips will dasselbe schlecht stimmen!

Eine eigentümliche, fast an die deutschrechtliche „Marklösung“ erinnernde Beschränkung des Eigentums enthält l. un. C. XI, 55 von 468 — non licere habitatoribus metrocomiae loca sua ad extraneum transferre.

Bekannt ist ferner die zunehmende Beschränkung der unbedingten Tötungs- und Züchtigungsgewalt der Herrn über ihre Sklaven. Namentlich die ältere Kaiserzeit hat hier einschneidende Bestimmungen erlassen, die allerdings kaum auf ökonomische Gründe zurückzuführen sein dürften; cf. darüber Puchta, Institutionen II § 212. Übrigens fühlte sich dasselbe Rescript des Antoninus Pius, welches hier Beschränkungen schuf, veranlasst, feierlich die Unbeschränktheit und Unantastbarkeit des Eigentums im allgemeinen zu constatieren — eine überzuckerte Pille, l. 2 D. I, 6:

„dominorum potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuique hominum ius suum detrahi.“¹⁾

Und so ist es denn den römischen Juristen auch theoretisch niemals eingefallen, das Eigentum begrifflich als von jeder

¹⁾ cf. dazu Knies, Polit. Ökon. S. 206.

Rücksicht auf die Gesellschaft entbunden zu bezeichnen. Dass sich das angeblich in den Quellen vorfindliche „Missbrauchsrecht“ des Eigentümers keineswegs erweisen lässt, ist schon von Wagner¹⁾ und Knies²⁾ überzeugend dargethan. Wenn das Eigentum als *ius utendi et abutendi rei suae* erscheint, so wird erstlich die erhebliche Beschränkung beigelegt, „*quatenus iuris ratio patiatur*“, und dann ist nach dem römischen Sprachgebrauch mit „*abuti*“ durchaus nicht notwendig ein Missbrauchen, sondern öfters nur ein „Nutzen der verbrauchlichen Güter“ gemeint (so l. 5 § 1 D. 7, 5 — *quae in abusu consistunt*; § 2 *das. res quae sunt in abusu*; l. 29 C. V, 12 „*ut mulier fructibus ad sustentationem tam sui, quam mariti abutatur*“). Es ist daher auch vom römischen Standpunkt aus mindestens geschmacklos, wenn Pagenstecher³⁾ sagt, im „Eigentum liegt die Zerstörungsbefugnis.“ Ebenso wenig darf man das vielberufene „*qui iure suo utitur, neminem laedit*“ oder, wie es auch heisst, „*nullus videtur dolo facere, qui iure suo utitur*“ (l. 55 D. L, 17) ins Gefecht führen — derartige allgemeine Sentenzen allzutragisch zu nehmen, entspricht erklärter Massen nicht einmal den Wünschen ihrer Verfasser („*nam omnis definitio in iure civili periculosa est*“). Die richtige Korrektur empfangen solche allgemeine Bemerkungen durch speciellere Entscheidungen, so l. 1 § 12 D. XXXIX, 3 (Ulpian):

„*Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*“

Ähnlich l. 2 § 9 D. eod. tit. (*si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*); l. 3 pr. D. L, 10; l. 38 D. VI, 1 (*neque malitii indulgendum est*); l. 39 D. IX, 2 u. a. Und auch um allgemeine Stellen sind wir den Anhängern des angeblichen „Missbrauchsrechtes“ gegenüber nicht verlegen — man denke nur an des Pomponius bekanntes Fragment l. 206 D. L, 17 — „*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem.*“

¹⁾ a. a. O. S. 365 N. 9.

²⁾ Polit. Ökon. S. 208 fg.

³⁾ Lehre vom Eigentum S. 31.

Über die Unthunlichkeit rein chikanösen Handelns beim Pfandgläubiger ist zu vergleichen Dernburg, Pfandr. II S. 148 und die dort N. 11 citierten Aussprüche der Glosse, sowie l. 24 § 3 D. XIII, 7. Diese Citate empfehlen wir vornehmlich den Verfassern des deutschen Civilgesetzbuch-Entwurfs, die das Missbrauchsrecht des Eigentümers aus schlechtverstandennem Romanismus ausdrücklich anerkennen zu müssen wähten. (cf. § 848 und Motive II S. 727.)¹⁾

Das Verhältnis des Eigentums zu den Servituten lässt in mehrfacher Beziehung eine weitgehende Rücksichtnahme auf wirtschaftliche Gesichtspunkte erkennen. Wenn der Wert einer Sache sich durch den ihrer Nutzungen für den Eigner bestimmt, so kann es leicht kommen, dass eine einzelne dieser Nutzungen in der Hand des Herrn von keiner oder nur geringer Bedeutung ist, während ihr Wert für einen Andern recht erheblich sein kann. Lässt es das Recht also zu, dass über einzelne Arten der Sachnutzung an Stelle des Eigentümers ein Anderer disponiert, so schafft es damit möglicherweise einen neuen Wert, indem es dem einen weniger nimmt als es dem andern giebt. cf. Dernburg Pr. Pr.-R. I § 294 sub. 2. Natürlich besteht diese Wertschaffung nach unserer Auffassung (S. 30 ff.) nicht in der Kreierung eines neuen Wertobjects — dies ist und bleibt immer nur die körperliche Sache — sondern in der Zuweisung eines Teils der sachlichen Nutzleistungen an eine andere Person, für die dieser Teil grösseren Wert hat als für den Eigentümer. Denn derselbe Gegenstand besitzt nicht für jedermann gleichen Wert. (Falsch Elvers, Servitutenlehre S. 48.) Ein solcher wirtschaftlicher Nutzen („utilitas servitutis“, l. 5 D. VIII, 5) soll jeder zu bildenden Servitut zu Grunde liegen — daraus erklären sich verschiedene auf diese Lehre bezügliche Sätze. So soll zunächst jede Grund-Dienstbarkeit eine *perpetua causa* haben, l. 8 pr. D. VIII, 1 „*ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut coenare in alio possimus, servitus imponi non potest*“.

¹⁾ cf. über die römische Auffassung in diesem Punkt die sorgfältige Darstellung bei Pernice, *Labeo* II S. 11 ff. Noch weitergehende Beschränkungen des Eigentümers nimmt an Jhering *Jahrb.* VI S. 88 ff.

Ferner l. 6 D. VIII, 3 (quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant); l. 28 D. VIII, 2:

„omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest.“

Das Erfordernis der p. c. ist ein sehr gesunder Gedanke der Römer gewesen — nur zur Chikane oder ohne einen dauernden Nutzen für andre dem Eigentümer eines Grundstückes eine ständige Belastung aufzuerlegen, würde volkswirtschaftlich nur schädlich wirken. Für eine solche dauernde Nützlichkeit giebt eben nur die Qualität des Grundstückes selbst, dessen Benutzung die Prädialservitut erleichtern soll, nicht das rein persönliche Bedürfnis des ersten Erwerbers, die nötigen Garantien — daher keine Servitut auf pomum decerpere licere, denn das Bedürfnis der Lebensmittel ist ein persönliches, nicht eine Folge der Bebauung eines praedium, Elvers a. a. O. S. 144, Baron, Gesamtrechtsverhältnisse S. 50.

Auch dieser Gedankengang ist indes keineswegs anerkannt, vielmehr haben sich mehrere Neuere veranlasst gefunden, die praktische Geltung unseres Erfordernisses zu bestreiten. Nicht ohne Erstaunen finden wir selbst Dernburg¹⁾ unter ihnen, der sich doch sonst für wirtschaftliche Bedürfnisse stets einen so offenen Blick bewahrt hat! A. Schmidt²⁾ geht sogar soweit, den von ihm behaupteten Wegfall dieser Beschränkung als Beseitigung „eines Hemmnisses der gesunden Entwicklung des Rechts“ zu bezeichnen, während Windscheid³⁾ mit Recht das Princip der perpetua causa als „durchaus aner kennenswert“ bezeichnet. Wahrhaftig! eine gesunde Entwicklung das, die dem jeweiligen Eigentümer gestattet, nicht etwa nur für seine Besitzdauer — das mag jeder mit sich selbst abmachen — sondern auch für unabsehbare Zukunft seinem Grundstück eine die Benutzung hemmende Belastung aufzuerlegen, ohne dass dafür im Vorteil eines Nachbargrundstückes für den Nationalwohlstand ein hinreichendes Äquivalent geboten würde!

¹⁾ § 240, N. 15.

²⁾ Jahrbuch d. g. R. III, Seite 264.

³⁾ § 209 N. 8.

Hiermit zusammen hängt die weitere Vorschrift der „Vicinität“ der Grundstücke (l. 5 § 1 D. VIII, 3; l. 8 pr. D. XXXIX, 1) — natürlich, denn für andre als benachbarte kann das Recht nicht von Nutzen sein. Freilich darf dies Erfordernis nicht, wie es die älteren römischen Juristen vielfach thaten, mechanisch gefasst werden — mit Recht führt Paulus in l. 5 D. VIII, 5 aus:

„si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis.“¹⁾)

Ferner wird verlangt, dass der Berechtigte bei Ausübung seines Rechtes die Interessen des Eigentümers thunlichst wenig schädige — er muss „civiliter uti.“ So führt Celsus in l. 9 D. VIII, 1 aus, der Berechtigte dürfe nicht per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere . . . cum id aequae commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento. Darum wird auch der Eigentümer trotz der Servitut nicht gehindert, seine Sache selbst in derselben Weise zu benutzen oder noch andere Dienstbarkeiten gleicher Art zu bestellen, solange das dem ersten Berechtigten nicht hinderlich ist.

Interessant ist ferner l. 2 § 10 D. XXXIX, 3 — durch eine Servitut ist dem Oberlieger das Recht entzogen, mittelst actio aquae pluviae arcendae den Unterlieger zur Aufnahme des Wassers zu zwingen. Von dieser Servitut darf nur Gebrauch gemacht werden, si non ultra modum noceat.

Auch bei den Personalservituten bleibt dafür gesorgt, dass eine ewige Dauer nicht den Wert der belasteten Sache andauernd vermindern soll. Daher ist der usufructus an eine bestimmte Person gebunden und unveräußerlich wie unvererblich. Diesen Grund führt Gaius in l. 3 § 2 D. VII, 1 direkt an:

„ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, placuit certis modis extinguere usufructum.“²⁾)

¹⁾ Über l. 19 D. VIII, 1, wo anscheinend vom Requisit des Nutzens einer Servitut Abstand genommen wird, kann hier nicht des näheren gesprochen werden — sie enthält höchstens eine Sondermeinung.

²⁾ cf. dazu Knies, Geld S. 93 u.

War aber einer dem gewöhnlichen Los der Sterblichkeit entrückten juristischen Person ein Niessbrauch bestellt, so sollte auch dieser nach Ablauf von 100 Jahren erlöschen. Charakteristisch ist auch hier die Begründung, l. 56 D. VII, 1:


„an ususfructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte, nec facile capitis deminutione periturus est, qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes: et placuit, centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevis hominis est.“

Andre Grundsätze galten freilich bei der Emphyteuse, bei der das Recht veräußerlich und vererblich war. Aber dies Institut zeigt durch seine späte Entstehung, seinen schon den oströmischen Ursprung verratenden Namen, dass es nichts spezifisch Römisches in sich enthielt. Die Emphyteuse bildete sich, und zwar erst in der Zeit nach Hadrian (Dernburg § 258 N. 11), zunächst an kaiserlichen Domanalgrundstücken aus und wurde erst mehrere Jahrhunderte später allgemeines civiles Rechtsinstitut (cf. die Konstitution Zeno's in l. 1 C. IV, 66

„firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeat custodiri . . .).

Die ganze, auf einer ausgiebigen Berücksichtigung der Verkehrsanschauungen beruhende Durchbildung der Servitutenlehre ist das eigenste Verdienst der römischen Rechtswissenschaft — das ältere Recht bedurfte mehr äusserlicher, handgreiflicher Kriterien (cf. Elvers a. a. O. S. 164, 469; das. S. 314 gute allgemeinere Bemerkungen über das feine Verständnis der römischen Juristen für die Bedürfnisse des Verkehrs.).

Wenn der römische Eigentumsbegriff sich inhaltlich keineswegs gegen Beschränkungen ablehnend verhielt, so hat wenigstens die spätere Zeit auch der Dauer des Eigentums gewisse Schranken gesetzt.



1) Hierher gehören zunächst einige Specialbestimmungen aus der Kaiserzeit. Nach l. 8 C. XI, 59 von Valentinian, Theodos und Arcadius (ca. 390) soll jeder, der ein verlassenes fruchttragendes Grundstück in Bebauung nimmt, daran Eigentum erwerben, wenn sich der Herr nicht binnen 2 Jahren meldet und die Auslagen erstattet. („nam si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit.“) Diese Stelle ist u. E. für unsere Zwecke von hervorragendem Interesse. Dass sie in dieser Art und dieser Form in der besseren römischen Zeit nicht denkbar gewesen wäre, dürfte sich nicht leicht bezweifeln lassen, während sie für den cäsaristischen Absolutismus bezeichnend ist. Auch diese Konstitution ist ein sprechender Belag für jene, wenn man will, staatssozialistische Richtung der späteren Kaiserzeit, eine Richtung, die dahin tendierte, die sociale Übermacht der Individuen dem Interesse der Gesamtheit unterzuordnen. Freilich, ein erbauliches Schauspiel ist diese, der Popularitätshascherei und daher den persönlichen Interessen des princeps ihre Entstehung verdankende, Socialreform von oben auf, der das Volk fremd und rein passiv gegenüberstand, keineswegs — sie ist eher ein Kennzeichen der vollständigen Entnervung der antiken Gesellschaft.

2) Eine ähnliche, ältere Bestimmung des Marc Aurel lässt dem Miteigentümer, der das gemeinsame Gebäude auf seine Kosten repariert hat, den Anteil des Genossen zuwachsen, wenn ihm dieser nicht binnen 4 Monaten die Auslagen ersetzt. Auch diese Bestimmung athmet den Geist des Despotismus, und dass Ulpian, der sie uns referiert (l. 52 § 10 D. XVII, 2), in ihr auch nur eine principwidrige, rein positive Vorschrift sah, beweisen seine Worte „oratio enim divi Marci idcirco quattuor mensibus finit certas usuras, quia post quattuor dominium dedit“. Überhaupt scheint das Gesetz zuerst ziemlich ungehört verhallt zu sein — noch i. J. 245 musste Kaiser Philippus auf eine Eingabe, die gegen einen renitenten Socius extra ordinem Hilfe erbat, darauf verweisen, was andernfalls kaum verständlich wäre; l. 4 C. VIII, 10: „ius dominii pro solido vindicare vel obtinere iuxta placitum antiquitus poteris“.

3) Auch das schon erwähnte Schürfrecht kann man unter diesen Gesichtspunkt bringen; cf. l. 1 C. XI, 7 „perpensa deliberatione duximus sanciendum, ut quicumque exercitium metallorum vellet adfluere, is labore proprio et sibi et reipublicae commoda compararet“.

4) Endlich muss hervorgehoben werden, dass auch die Expropriation, die Entziehung eines Privatrechts zu Gunsten der Gesamtheit, dem römischen Rechte nicht ganz fremd war. Beispiele davon giebt Tydemann S. 131 ff. Wenn Privatschiffe zum öffentlichen Dienst gebraucht wurden, konnten die Eigentümer unter Umständen zur Hergabe derselben genötigt werden. Hier machen die Kaiser Theodos und Arcadius (l. 1 und 2 C. XI, 4) von den Worten „publica necessitas“, „ius vel utilitas publica,“ aufs Reichlichste Gebrauch. l. 1 § 1 cit.:

„nam ut privatos quoque non prohibemus habere navigia (wie gnädig!), ita fraudi locum esse non sinimus, cum omnes in commune, si necessitas exegerit, conveniat utilitatibus publicis oboedire et subvectionem sine dignitatis privilegio celebrare.“

Ähnliche Vorschriften finden wir gegenüber den Eigentümern von Lebensmitteln (oleum und frumentum), l. 1, 2 C. X, 27

„Quotiens urgente necessitate comparationes frumenti vel hordei aliarumque specierum quibuslibet provinciis indicentur, nulli penitus possidentium sese sub cuiuscumque privilegii occasione excusandi tribui facultatem censemus, omnique, cuicumque possidentium quocumque modo quocumque tempore per sacros apices vel etiam pragmaticam sanctionem aut iudicalem forte dispositionem huius modi excusatio data est vel postea data fuerit, licentia minime umquam contra tenorem nostrae legis saluberrimae valitura.“ (Anastasius i. J. 491.)

Freilich soll das nach l. 2 nur bei „inevitabilis causa“ und gegen „iustum pretium“ geschehen. —

Andre Fälle der Expropriation beziehen sich zwar zunächst auf Forderungen, mögen hier aber des Zusammenhanges halber auch mit angeführt werden. So muss nach Wagners¹⁾ Vorgang

¹⁾ Grundlegung. S. 814.

ein beschränktes Enteignungsrecht in der Bestimmung der l. 8 C. VII, 71 gesehen werden, worin Justinian das Institut des s. g. Moratorium schuf. (darüber unten § 11.) In gewissem Sinne gehört hierher auch der Anspruch des Pächters auf Remission des Pachtzinses im Falle der Missernte, l. 15 D. XIX, 2; l. 8 C. IV, 65. Auch diese Bestimmung scheint auf Kaiserrecht zu beruhen. Wenigstens bezieht sich Ulpian in l. 15 cit. nicht weniger als dreimal in § 3 und zweimal in § 5, auf kaiserliches Rescript, um daran anknüpfend Art und Voraussetzungen der Remission zu bestimmen.

Dem Resultate nach war indess die Expropriation noch weit allgemeiner zulässig, als es nach diesen Ausnahmefällen scheinen könnte. Jhering ist es gewesen, der im „Zweck im Recht“¹⁾ auf diese Thatsache aufmerksam gemacht hat. Und zwar beruht dies auf dem Institut der *condemnatio pecuniaria*. Wenn in Rom jemand von einem andern eine Sache zu verlangen hatte, so entschied der Richter allerdings zunächst über Bestehen oder Nichtbestehen des in Anspruch genommenen Rechtes. Aber dieser Ausspruch war nur ein Vorbescheid (*pronuntiatio*) — kam ihm Beklagter nicht gutwillig nach, so konnte Urteil und Execution nicht auf die Sache selbst erfolgen, sondern nur auf Leistung des dem Kläger an der Herausgabe zustehenden Interesses. Wie hoch dies Interesse sei, das liess der Richter allerdings durch Eid des Klägers (*iuramentum in litem*) feststellen, und dass diese eidliche Schätzung seitens des letzteren nicht zu knapp ausgefallen sein dürfte, lässt uns der Charakter des Römischen Volkes sofort vermuten. Aber immerhin hing es vom Willen des Beklagten ab, die Sache zu behalten, wenn er anders zur Zahlung der Schätzungssumme bereit war — diese Zahlung galt dann als Kaufpreis, der Zahlende als Käufer. Wenn wir Jhering auch soweit zustimmen, als wir die sociale Tragweite dieser Institution vollauf anerkennen, so müssen wir andererseits entschieden in Abrede stellen, dass sie wirtschaftlichen Gesichtspunkten ihr Dasein verdankt habe. Einzig und allein die Ungelenkigkeit des alten Prozesses, die

¹⁾ Zweck im Recht I. S. 520 fg.

noch in der späteren Zeit des Formularprocesses lange nachwirkenden Eigentümlichkeiten des Sakraments- und Spensionsverfahrens waren es u. E. die dieses indirekte Vorgehen erheischten — die ökonomische Folge kann, um einen an anderer Stelle gebrauchten bekannten Ausdruck Jhering's aufzunehmen, nur als „Reflexwirkung“ des Principis der Geldkondemnation angesehen werden. Wenn Jhering also „in dieser Einrichtung einen der genialsten Gedanken des römischen Processes“ erblickt, (S. 528) so schiebt er u. E. den Römern einen Gesichtspunkt unter, an den sie nicht im mindesten gedacht haben dürften — hätten sie das gethan, so wäre es gewisslich höchst auffällig, warum sie in der Kaiserzeit diesen vollkommeneren Rechtszustand mit einem unvollkommeneren vertauscht haben. Denn im justinianeischen Recht geht jedenfalls Urteil und Execution auf die Sache selbst, l. 68 D. VI,1: Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Ob diese Stelle von Ulpian ursprünglich so geschrieben ist oder nicht, kann hier dahingestellt bleiben. Konnte sich der Rechtszustand aber so ändern, so beweist das gegen Jhering; denn mag man der römischen Kaiserzeit alles mögliche Schlechte nachsagen — dass sie auf Kosten der „salus publica“ die Sphäre des Individualeigentums absichtlich erweitert haben soll, wird schwerlich jemand zu behaupten wagen — schon die von uns in diesem Paragraphen allegierten Gesetze beweisen das strikte Gegenteil.

Als „weiteren Anwendungsfall des Expropriationsgedankens im Privatrecht“ nennt Jhering die adiudicatio im Teilungsprozess (530). Denn wenn der Richter hierbei die Befugnis erhielt, bei der Zerteilung und Zuweisung des gemeinschaftlichen Grundstücks an die Genossen ganz unbeschränkt zu verfahren, wenn er sich dabei nur von dem Gedanken der Zweckmässigkeit leiten liess, so sei das mit einem Expropriationsrecht gleichbedeutend. Dem wird man im Wesentlichen nur zustimmen können, ja unter dieselben Gesichtspunkte auch die bei der Grenzscheidung geltenden Bestimmungen zu bringen haben.

cf. § 6 J. IV, 17: „Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex, an necessaria sit adiudicatio“; l. 21 D. X, 3 (Ulpian): „Judicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores sequi convenit.“

Hier muss noch der wirtschaftlichen Bedeutung der Ersitzung gedacht werden. Dass das Institut der usucapio, ähnlich wie auch die Klagenverjährung, wirtschaftlichen und nicht rein juristischen Gesichtspunkten seine Entstehung verdanke, betonen die römischen Juristen selbst. So sagt Neratius in l. 5 D. XLI, 10:

„Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset.“

Ähnlich führt Gaius in l. 1 D. XLI, 3 einer Stelle, welche die Kompilatoren bezeichnender Weise an die Spitze des ganzen Titels „de usucapionibus“ gestellt haben, aus:

„bona publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.“ (cf. auch Gaius Inst. II, 44).

Interessant ist, dass der Eigentumserwerb durch Usucapion keineswegs eine Neuerung enthält, vielmehr schon im Zwölf-tafelrecht Anerkennung fand —

„fundi usus et auctoritas biennium, ceterarum rerum annus esto.“

Hier hat also schon das starre alte Recht eine bedeutsame Ausnahme von der Regel ausgebildet, wonach ein Eigentümer „sine facto suo“ sein Recht nicht verlieren kann. Ob freilich die von Neratius und Gaius angeführten wirtschaftlichen Gesichtspunkte die „veteres“ bei Einführung des Institutes bewusst leiteten, müssen wir dahingestellt lassen, ja wir glauben es dem sonstigen strengen Geist jener Zeit entsprechend kaum — ihm mag die alte usucapio zunächst nur bei unförmlichen Eigentumsübertragungen als Surrogat einer unterlassenen mancipatio oder in iure cessio fungiert haben. Auch mochte die Ersitzung dem römischen Gefühl um deswillen weniger principwidrig erscheinen,

weil bei ihr doch stets ein Rechtserwerb das primäre, zunächst allein in Frage kommende Moment ist, das einen entsprechenden Rechtsverlust erst zur freilich unausbleiblichen Folge hat. Indem die Ersitzung, wie die andern Eigentumserwerbsarten, ein Ergreifen und Halten der Sache (*usu-capio*) voraussetzt, steht sie mit dem allgemeinen römischen Occupationsprincip sogar in wesentlicher Harmonie. Dagegen lag dem alten Civilrecht der Gedanke eines Rechtsverlustes durch blossen andauernden Nichtgebrauch ganz fern — das Institut der Klagenverjährung kann sich erst im prätorischen Recht Bahn brechen. „Starre Konservierung einmal begründeter Rechte ohne Rücksicht auf Nützlichkeit ist ein Charakterzug des römischen Rechtes der älteren Zeit“ (Dernburg § 145). Der Prätor freilich konnte keine Rechte verschaffen, wo sie nicht civilrechtlich anerkannt waren, er vermochte nur Rechtsschutz zu verheissen, eine Verheissung, an die seine Nachfolger zunächst rechtlich nicht gebunden waren. Darin liegt der Grund, weshalb dem Amtsjahr entsprechend die prätorischen Klagen nur *intra annum* gegeben wurden, pr. J. IV, 12.

Die eigentliche, allgemeine Klagenverjährung ist, wie schon das Citat besagt, erst ein Produkt der Kaiserzeit und zwar wiederum ein, diesmal besonders bedeutsamer und erfolgreicher, Durchbruch des wirtschaftlichen Zweckmoments gegenüber der starren Rechtskonsequenz. Das entscheidende Gesetz ist bekanntlich von Theodos II i. J. 424 gegeben — l. 3 C. VII, 39 „*sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur.*“

Auch das Institut der Klagenverjährung ist dem leidigen Schicksal nicht entgangen, in seiner wirtschaftlichen Bedeutung von zahlreichen rein privatrechtlich geschulten Juristen gründlich verkannt zu werden — hat man sie doch nicht nur mit einer „*poena negligentiae*“ für den Berechtigten, sondern sogar unglaublicher Weise mit einem „*vermutlichen Verzicht*“ rechtfertigen wollen. Zur Zeit ist glücklicher Weise die Erkenntnis des wahren Wesens dieses segensreichen Institutes allgemein.

Der scharf zugespitzte Eigentumsbegriff machte, wie schon erwähnt, in Rom ein genossenschaftliches, insonderheit auch ein Familieneigentum, im eigentlichen Sinne unmöglich. Immerhin finden sich einige Spuren davon, wie ja weiterhin auch das civile Erbrecht der gentiles auf eine gewisse Rechtsgemeinschaft der Geschlechter und Kurien in frühester Vorzeit hinweist. So beschränkt sich die prätorische Kuratel des Verschwenders zunächst auf das ererbte Vermögen, offenbar weil man den paterfamilias nicht für befugt erachtete, rein egoistisch ohne Rücksicht auf die Familie damit zu schalten, ihn vielmehr gewissermassen nur als Verwalter eines Familienvermögens ansah. Paulus sent. III 4a § 7: „Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi aere commercioque interdicto“.

Ein fernerer Hinweis auf ein allerdings durch die scharf auslaufende monarchische Spitze der patria potestas im Effekt fast vollständig verschwindendes Familieneigentum giebt die Tatsache, dass die Hauskinder, die sui, mit dem Tode des Vaters ipso iure an dessen Stelle treten, während alle andern Erben die Erbschaft erst durch besondere Willenserklärung anzutreten haben. Dieser Gesichtspunkt wird auch wiederholt betont, so von Paulus in l. 11 D. XXVIII, 2:

„In suis heredibus evidentius apparet, continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus est. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.“

cf. auch § 3 J. III, 1 (statim morte parentis quasi continuatur dominium); l. 7 pr. D. XLVIII, 20; l. 1 § 12 D. XXXVIII, 9 (paene ad propria bona veniunt). Es ist u. E. eine Verkennung

der Sachlage, wenn Köppen¹⁾ hier nur von einer „sittlichen Berechtigung“ spricht. Der Einwurf, dass man die Kinder enterben dürfe, greift dagegen nicht durch, wie Paulus noch besonders betont. Dass die Kinder aus der Gesamtheit entlassen werden können, beweist nichts für den Rechtszustand vor der Entlassung. Besonnen und richtig ist dagegen die Darstellung bei Pernice, *Labeo I S. 107/110*, der darthut, dass nach der römischen Auffassung die Familie nach aussen für den Rechtsverkehr zu einer vermögensrechtlichen Einheit geworden sei, während nach innen der Hausherr zwar alleiniger Herr gewesen sei, seine Herrschaft aber für die Familie ausgeübt habe.

Wir können diese Betrachtung nicht schliessen, ohne an die bei allen den erwähnten Beschränkungen noch ganz fundamentale Verschiedenheit des römischen Eigentumsbegriffs vom deutschen zu erinnern, und ohne Wagners Urteil anzuführen, wonach durch das römische Recht in „verhängnissvoller Weise“ dem grossen Publikum die verkehrte Anschauung vom absoluten Eigentumsbegriff eingepflegt ist, so dass von ihm jetzt jede Beschränkung als die pure Unnatur und Ungerechtigkeit betrachtet wird. (ebenso wie wir Gierke, *Sociale Aufgabe des Privatrechts*, S. 18.) Aber nicht minder energisch muss betont werden, und hierin fehlt Gierke, dass es weniger der römische Eigentumsbegriff als solcher, als vielmehr seine u. E. einseitige und schiefe Auffassung durch unsere Jurisprudenz war, welche all' dieses Unheil verschuldet hat. Den Römern fehlte nur ein allerdings fundamental wichtiger Gesichtspunkt — die bürgerliche Gesellschaft. Hätten sie diese gekannt, so würden sie danach ihre einzelnen Rechtssatzungen auch in zahlreichen andern Punkten ähnlich modifiziert haben, wie sie auch ohnedies nach unserer Darstellung ihr Eigentum wesentlich einzuengen wussten.

¹⁾ System des Erbrechts S. 5 No. 11.

§ 6.
Das Erbrecht.

Seine letzte Vollendung findet das Eigentum erst im Erbrecht, als welches allein im Stande ist, dasselbe vor baldigem Rückfall in die Hand der Gesamtheit zu bewahren und so in der Hand der Privaten zu „äternisieren.“ Und dieser Ausbau ist den Römern in einer ihrer Art meisterhaften Weise gelungen. Dies macht das römische Erbrecht so bedeutsam und so interessant; dies erklärt es, dass zwei hochstrebende, von philosophischen Ideen erfüllte Geister, Eduard Gans¹⁾ und Ferdinand Lassalle²⁾, gerade das Erbrecht zum Gegenstand ihrer rechtsphilosophischen Erörterungen gemacht haben.

Ihre Darstellungen erschöpfen u. E. den Gegenstand, soweit er für uns in Frage kommt, derartig, dass wir hier auf sie verweisen und uns mit wenigen Worten begnügen können.

Das Erbrecht beruht seinem letzten Grunde nach auf der Vergänglichkeit des Individuums im Gegensatz zur Gattung. Wenn der Tod den Einzelnen aus seinem Familien- und Vermögenskreise hinwegrafft, so fragt es sich, was mit den vorhandenen Lebensgütern geschehen soll? Drei Antworten sind denkbar:

a) der Staat, die Gesamtheit, zieht den Nachlass zum Besten der Gesellschaft ein.

b) der Nachlass verbleibt der Familie des Verstorbenen.

c) der bisherige dominus bestimmt selbst in seiner „ultima voluntas“ das künftige Schicksal seines Vermögens.

Die erste Lösung acceptiert das Programm des Socialismus, zu ihr gelangt auch, freilich unausgesprochen, Lassalle, indem er beide andre Antworten als für die Gegenwart des inneren Grundes ermangelnd darstellt; die zweite ist die des germanischen Rechts, das ja im Familienhaupte auch zu seinen Lebzeiten mehr einen Verwalter ihm anvertrauten genossenschaftlichen Gutes, denn einen allein berechtigten dominus er-

¹⁾ Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Bd. II, Berlin 1825.

²⁾ System der erworbenen Rechte, Bd. II, Leipzig 1861.

blickt. Beide Principien fussen auf socialer Grundlage, so verschieden ihre Ergebnisse auch sein mögen — mag es nun die engere Gemeinschaft der Familie oder die weitere des Staates sein: immer ist es die Gattung, welche über das Individuum triumphiert. Anders die dritte Lösung, die das römische Recht grundsätzlich vertritt. Hier setzt sich der unbeschränkte Wille des Individuums im Testament den Rechtsfolger, ohne an Rücksichten selbst den nächsten Verwandten gegenüber gebunden zu sein. Es genügt, dass er der Seinen im Testament gedenkt — ob er sie aber einsetzt („heredes sunto“), oder ent erbt („exheredes sunto“), ist rechtlich ganz gleichwertig. Im Testament objektiviert sich der souveräne Wille des römischen Bürgers, von dem es heisst:

„neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem.“ (Quintilian Declam. 308; cf. auch l. 1 C. I, 2).

Dieser objektivierte Wille herrscht nach dem Tode in der Erbschaft fort,¹⁾ er bestimmt ihre Schicksale und nur er ist es, der sie zusammenhält, da das an sich zusammenhanglose Vermögen sonst, seines einenden Trägers beraubt, in ein Chaos von Einzelgegenständen zusammenfallen müsste. Daher heisst es an zahllosen Stellen

„nondum adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti“. (§ 2 J. II, 14; cf. l. 34 D. LXI, 1; l. 116 § 3 D. XXX etc.)

Und der eintretende Erbe setzt dann diese Persönlichkeit des Erblassers fort, indem er sie in sich aufnimmt. Deshalb kann er aber die Erbschaft auch nicht ohne sein Zuthun erwerben — er muss die Willensidentität mit dem Erblasser erst durch den eigensten Akt der Antretung, bei dem er sich nicht einmal vertreten lassen kann, setzen. Dass dies bei den eigenen Kindern des Erblassers, den sui, anders war, ist keine Ausnahme, sondern eine Bestätigung der Regel. Sie, die Fleisch

¹⁾ cf. die bei Lassalle citierte Stelle von Leibnitz, nova meth. jurispr. pars specialis. § 20 p. 48:

„testamenta mero iure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis.“

von seinem Fleisch sind, bilden ja schon durch ihre Zeugung eine natürliche Fortsetzung der Persönlichkeit des Erblassers,¹⁾ stehen mit ihm in natürlicher Willenseinheit; — „et natura pater et filius eadem esse persona paene intelligitur“, l. 1 § 11 C. VI, 26; l. 11 D. XXVIII, 2; Gans a. a. O. S. 367. Daher sagt auch Paulus in l. 16 D. XLVII, 2: „non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus“. Und schon im § 5 sahen wir, dass sie schon bei Lebzeiten des Vaters, „quodammodo“ als Miteigentümer des Hausvermögens galten. So ist es nur selbstverständlich, dass die heredes sui des Aktes der Antretung nicht bedürfen.

Gegenüber dem Testament kommt das Princip der gesetzlichen Erbfolge im römischen Recht, wie schon der bloß abgeleitete Name „Intestaterbfolge“ besagt, nur subsidiär in Betracht, wenn die Bedingung der Testamentserrichtung nicht eintritt, si intestato moritur, wie die Zwölftafeln sagen. Sie „existiert im Grunde nur, insofern die Willkür erlaubt hat, dass sie existiere.“ (Gans S. 241, cf. auch Lassalle S. 384 ff.) Wenn das Individuum keinen besonderen subjektiven Willen ausgedrückt hat, so bleibt, wie Lassalle glänzend darthut, nur das objektive Recht, der allgemeine Wille übrig, als welcher in dieser seiner Qualität auch den Willen des einzelnen Individuums als vorausgesetzten mit umfasst.

Wir wissen wohl, dass unsere Ansicht vom Princip des römischen Erbrechts²⁾ nicht die herrschende ist — gewöhnlich sieht man in demselben nur eine Succession in das Vermögen des Erblassers (statt aller vergl. Windscheid III § 528), bestreitet auch wohl die organische Natur der Erbschaft und erachtet den Erbgang der gewöhnlichen Rechtsübertragung für wesentlich gleichartig. (Pernice, Labeo I, 316, 326, 333, 359.) Aber wie ein einzelnes subjektives Recht, so bedarf auch ein Komplex

¹⁾ cf. dazu Schopenhauer, Welt als Wille u. Vorstellung ed. Grisebach II S. 592: „Das Dasein jedes neugeborenen Wesens wird bezahlt durch ein altes, abgelebtes — beide sind ein Wesen“.

²⁾ im wesentlichen unserer Meinung sind ferner z. B. Puchta, Institutionen II § 303, 304; Schmidt, Grunds. Unterschied S. 310; Dernburg, Pandekten III § 55 u. a.

von solchen, ein Vermögen, eines Subjekts; nur in ihm bzw. seinen wirtschaftlichen Zwecken finden alle die heterogenen Gegenstände als Häuser, Bücher, Kleider, Forderungen, die jeder objektiven Einheit baar sind, ihren Zusammenhalt — folglich setzt ein Recht an einem Vermögen ein Recht an der Person, die Subjekt desselben ist, voraus. (Puchta § 303).¹⁾

So verhält sich das nationale römische Erbrecht gegen die Berücksichtigung ökonomischer Gesichtspunkte vollkommen spröde. Erst allmählich und schüchtern wurde Wandel geschaffen, indem man den Kindern und Enkeln einen gewissen unentziehbaren Pflichtteil garantierte ($\frac{1}{4}$, seit Justinian $\frac{1}{3}$ bzw. $\frac{1}{2}$ ihrer Intestatportion). Und auch diese Beschränkung konnte charakteristischer Weise nicht als Rechtspflicht gesetzlich eingeführt werden, sie bildete sich vielmehr nur als eine mehr faktische Übung des für Erbschaftsprozesse zuständigen Centumviralgerichtes. War der Pflichtteil nicht freigelassen, so nahm man an, der Testator sei nicht bei Sinnen gewesen („color insaniae“) — eine direkte Negation des erblasserischen Willens sprach man also formell damit nicht aus. Erst Justinian ging hier weiter. Das Resultat ist eine Art Vermittelung zwischen dem Individual- und dem Socialprincip, über deren praktische Zweckmässigkeit im Einzelnen man streiten, die man aber in ihrer Totalität nur billigen kann. Gans spricht hier freilich tadelnd von „endlichen Approximationen“ und tadelt die bloß quantitativen, nicht qualitativen Änderungen — aber wie anders als im Wege quantitativer Beschränkungen soll hier die so nötige Vereinigung beider Principien gefunden werden?

¹⁾ ein näheres Eingehen auf diese Frage ist hier nicht möglich; wir behalten uns das für spätere Arbeiten vor. Dass „das Erbtum bei den körperlichen Sachen seinen Ausgang genommen habe,“ (Pernice S. 326) ist für eine urwüchsige, kapitalarme Zeit nur natürlich, beweist aber für das entwickelte röm. Recht nichts gegen uns. Aus demselben Grund ist die bekannte Streitfrage wegen des test. calatis comitiis (Dernburg III § 69 N. 3; Jhering Geist I S. 125) ohne Belang, da das ganze Institut nur grauer Vorzeit angehört.

Eine eigentümliche Berücksichtigung socialer Verhältnisse zeigt sich noch in einigen Kaiserbestimmungen; so soll die arme Witwe vom Vermögen des wohlhabenden Gatten eine Quart erben (Nov. 53 und 117), während ihr sonst kein Erb- recht zusteht — auch hier tadelt Gans S. 364 mit Unrecht die Rücksichtnahme auf die „zufällige Qualität“. Ebenso ist der Pflichtteil grösser ($\frac{1}{2}$ statt $\frac{1}{3}$), wenn mehr als 4 Erben vor- handen, d. h. die einzelnen Erbteile kleiner sind.

Kapitel II. Die Produktion der Güter.

§ 7.

Die Natur als Güterquelle.

Wie bei den Römern überhaupt von einer ausgebildeten selbständigen Volkswirtschaftslehre nicht geredet werden kann, so sind auch ihre Anschauungen über die Entstehung der Güter nur implicite in einzelnen daraus gezogenen Folgesätzen aus dem Corpus Juris erkennbar. Was zunächst die der äusseren Natur für die Güterproduktion zukommende Bedeutung anlangt, so war man sich derselben wohl bewusst; Sätze wie l. 28 D. XXII, 1 (quonium natura . . . omnes fructus comparaverit) und l. 42 D. XXXIII, 2 (in fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominum inductum est) geben von dieser Erkenntnis Kunde. Ja, die römische Anschauung verfällt hier ins entgegengesetzte Extrem, wie in der neueren Zeit Carey und Bastiat mit ihrer Schule — während diese und mit ihnen die ganze Heerschar der socialistischen Schriftsteller, Marx¹⁾ und Genossen, den ohne menschliches Zuthun entstandenen Gütern als freien Gaben der Natur eigenen Wert schlechthin absprechen und die Wertbildung zum Monopol der menschlichen Arbeit machen, wird bei den Römern die wertschaffende Kraft der Arbeit in auffälliger Weise unterschätzt. Freilich findet sich für diese, dem ganzen Altertum eigentümliche Anschauung unschwer eine Erklärung. In der That spielte damals die menschliche Arbeit nicht die Rolle für die Produktion wie heutzutage. Die Römer waren vorwiegend eine ackerbauende, in der späteren

¹⁾ wenigstens hinsichtlich des Tauschwertes; cf. Kapit. I, S. 14 (Auf. 2).

Zeit auch handeltreibende Nation. Bei der Agrikultur nun tritt, namentlich auf frühen Kulturstufen, die vorwaltende Bedeutung des Naturfaktors gegenüber der nur mehr nachhelfenden menschlichen Arbeit scharf hervor; der Handel aber schafft, rein äusserlich betrachtet, keine neuen Güter, und es bedurfte erst des bahnbrechenden Werkes eines Adam Smith, um darzutun, dass ihm als dem Vermittler des Güterumlaufes dennoch eine selbständige produktive Kraft innewohne, eine Thatsache, die bekanntlich noch die Physiokraten verkannt hatten. Wie sollte da den alten Römern diese Erkenntnis schon aufgegangen sein? Eine gewerbliche und industrielle Thätigkeit trat daneben in Rom verhältnismässig wenig hervor, und dem entsprach das so geringe Mass der Achtung, das diesen Beschäftigungen im Gegensatz zu Ackerbau und Handel gezollt wurde. Ja, die Hauptmasse der gewerblichen Arbeitskräfte, die Sklaven, zählten nach der ursprünglichen Auffassung überhaupt nicht zu den Menschen, sondern zu den Sachen — was sie herstellten, war daher nicht auf eine besondere, den Menschen eigentümliche Kraft zurückzuführen, sondern musste lediglich als eine indirekte Leistung der Natur gelten. Ihre nutzbare Verwendung war eine zwar verschiedene, aber ganz analog geartete wie etwa die eines Ackergrundstückes; letzteres gewährte dem Herrn Früchte, die ersteren Arbeitsprodukte.

Der allgemeine Begriff der Römer für die von der Natur bzw. den unmittelbaren Naturprodukten (Pflanzen, Tieren, Sklaven) zu gewinnenden Erzeugnisse ist in dem Worte *fructus* gegeben. Was zu den *fructus* gehört, wird an verschiedenen Stellen mit *casuistischer* Ausführlichkeit festgestellt, namentlich wenn es sich darum handelt, die Gerechtsame des zum Fruchtgenuss, aber nicht zur Einwirkung auf die Substanz der Sache befugten Niessbrauchers gegenüber dem Eigentümer abzugrenzen. Frucht ist alles, aber auch nicht mehr, als was die Sache ihrer wirtschaftlichen Bestimmung nach normaler Weise in bestimmten Zwischenräumen abwirft, und durch dessen Entnahme sie demnach in ihrem Werte nicht geschmälert wird. Um eine solche Wertverminderung zu vermeiden, muss der *Usufructuar* Reparaturen vornehmen — *modica refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscat usufructu legato* (l. 7 § 2 D. VII, 1),

wogegen ein lediglich durch die natürliche Beschaffenheit der Sache, z. B. die *vetustas*, verursachter Schaden ihm nicht zur Last fällt. Im Übrigen giebt Ulpian die Grenze seiner Rechte wie folgt an (l. 9 pr. eod.):

„*Si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitrato fruatur. nam et Celsus libro octavo decimo digestorum scribit cogi eum posse recte colere.*“

In diesem Sinn wird zu den Früchten gerechnet der Ertrag der *lapidicinae* und *cretifodinae* (§ 2 ib.), der *venatio* und *piscatio* (§ 5). Auch darf der Berechtigte *silvam caeduum caedere et vendere* — „*sicut paterfamilias caedebat*“ (§ 7 ib.) Andere Bäume dagegen darf er nur zwecks *refectio* der *villa* schlagen, (l. 12 pr. das.) und wenn sie der Wind umgeworfen hat, muss er ihren Wert erstatten (*dici oportet restituendum earum pretium nec in fructum cedere*, l. 7 § 12 D. XXIV, 3) denn nur dann sind die *arbores* „in fructu“, wenn sie „*caeduae*“ sind, d. h. ihre Wegnahme durch den Nachwuchs gedeckt wird und also *fundum non deteriore* facit (l. 7 § 12 cit.). Ebenso steht dem Niessbraucher zu *lac et pilus et lana*, — *agni, haedi und vituli* (l. 28 D. XXII, 1), dagegen nicht das Sklavenkind, weil es absurd erscheine, *homines in fructu esse*. Das Fleisch toter Tiere gehört dagegen nicht zu dem an diesen bestellten Niessbrauch, *quia mortuis eis ususfructus extinguitur*. (l. 30 D. VII, 4) Bei einer Herde fallen die Jungen an den *Usufructuar*, jedoch muss er charakteristischer Weise, um eine Verminderung der ursprünglichen Zahl zu verhindern, für die gefallen Stücke aus dem Nachwuchs Ersatz stellen, l. 68—70 D. VII, 1) „*Fructus*“ ist somit nicht der ganze Rohertrag eines Gegenstandes, sondern nur der Überschuss seines Ertrages über die durch den regelmässigen Gebrauch veranlassten Wertvermindernungen; die Höhe der *fructus* markiert daher zunächst genau den durch den produktiven Beitrag der Natur entstandenen Mehrwert.

Freilich ist in Wahrheit im Fruchtbegriff noch ein mehreres enthalten — da nämlich nur eine Minderzahl von Produkten den Naturkräften allein ihre Entstehung verdankt, während bei den übrigen Arbeit und Kapital mitgewirkt haben, kann man

nur einen Teil der Früchte rein auf Konto der Natur setzen. Das haben auch die Römer nicht verkannt, wenigstens soweit die menschliche Arbeit in Frage kommt — daher scheiden sie sorgfältig die rein natürlichen Früchte, *fructus mere naturales*, von den *fr. industriales*. So Pomponius in l. 45 D. XXII, 1 — er spricht einerseits von *fructus, quos suis operis (sc. maritus) adquisierit, veluti serendo*, und stellt dazu in Gegensatz die, *qui non ex facto eius nascuntur*, z. B. *si pomum decerpserit vel ex silva caedit*. Ähnlich spricht Paulus in l. 48 pr. D. XLI, 1. (*fructus, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes*). Beim Steinbruch wird übrigens ein bemerkenswerter Unterschied gemacht — sein Ertrag gehört nach Ulpian (l. 7 § 13 D. XXIV, 3) nur soweit zu den Früchten, *si tale sit, ut lapis ibi renascatur, „quales sunt in Gallia, sunt et in Asia“*. Diese uns eigentümlich erscheinende Unterscheidung stammt von Plinius (H. N. XXXVI, 24, 12) und ergibt nach Roschers treffender Bemerkung (Bd. III § 178 N. 3), dass die Römer den fundamentalen Unterschied zwischen Acker und Bergbau wohl geahnt haben.

Neben diesem Fruchtbegriff im engeren Sinne sprechen die Römer allerdings auch noch in anderen Fällen von *fructus*. So nennen sie namentlich die Pachtzinsen, welche der Eigentümer an Stelle der dem Pächter überlassenen physischen Nutzniessung erhält, *fructus*, ebenso die Mietszinsen städtischer Grundstücke (l. 38 § 13 D. XXII, 1). An anderen Stellen heisst es korrekter von diesen nicht, dass sie *fructus* sind, sondern dass sie „*pro fructibus accipiuntur*“ (l. 36 D. XXII, 1). So sagt auch Ulpian in l. 29 D. V, 3: *Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. operae quoque servorum in eadem erunt causa, quae sunt pensiones: item vecturae navium et iumentorum*. Die in den letzten Stellen angewendete Ausdrucksweise hat nichts Bedenkliches, sie deutet vielmehr die richtige Thatsache an, dass für den Eigener jene Miets- oder Pachtzinsen ein Äquivalent für den Fruchtgenuss bilden. Wenn dagegen solche Einkünfte geradezu als *fructus* bezeichnet werden, so ist das eine u. E. unklare und das wahre Verhältnis verdunkelnde Bezeichnung. Denn von einer Produktion ist hier garnicht die Rede, es gehen nur Vermögensobjekte (Geld) von einer Hand

in eine andere über. Nur vom rein privatwirtschaftlichen, streng subjektivistischen Standpunkt aus kann hier von einer Entstehung neuer Werte geredet werden, und dass die Römer auf diese Einkünfte, wie auch weiterhin auf gewöhnliche Darlehens- und andre Geldzinsen das Wort *fructus* anwendeten, ist ein neuer Beleg für ihre individualistische Denkweise. Freilich fehlt es auch nicht an Widerspruch von einem mehr objektiv-wirtschaftlichen Standpunkt aus; so reagiert Pomponius in l. 121 D. L, 16 gegen die Unterstellung der *usurae* unter die eigentlichen *fructus*:

„*usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione*“.

Papinian dagegen wendet in l. 62 D. VI, 1 auf die Einkünfte aus einer *navis, taberna* aut *area quae locari solent* das Wort *fructus* ruhig an, *etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur*. Ähnlich auch l. 8 § 2 D. XLII, 5; hinsichtlich der Zinsen l. 34 D. XXII, 1 (*usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari*). cf. weiter unter § 15 über „*fructus civiles*“.

§ 8.

Die Arbeit.

Das eigentlich Charakteristische der Produktionslehre der Römer ergibt sich aus ihrer Würdigung der Arbeit, oder richtiger, aus dem grossen Vacuum, das sich hier bei ihnen findet. Während die Arbeit bei der modernen Wirtschaftslehre im Centrum des Interesses steht, während für unsere Anschauung sie es ist, welche die Herrschaft des Menschen über die Natur erweitert und erst tiefer begründet, ist der antiken Welt der Grundsatz „Arbeit ist des Bürgers Zierde“ ein Buch mit sieben Siegeln. Dass die objektiv wertschaffende und nützliche Be-

deutung der Arbeit dem Altertum so ganz verschlossen bleiben konnte, wird freilich, wie wir schon hervorhoben, durch seine gesamten Erwerbsverhältnisse sehr erklärlich — die Gewerbe befanden sich noch in den Kinderschuhen und noch hatten nicht jene genialen Erfindungen auf dem Gebiete der Technik, welche wir mit Stolz als Kinder unseres Zeitalters rühmen, der Menschheit ad oculos demonstriert, welche Triumphe die winzige Menschenhand über die widerspenstigen Himmelskräfte zu erringen vermöge.

Dem freien Griechen und Römer galt eine wirtschaftliche oder genauer gewerbliche Thätigkeit — der Ackerbau stand bekanntlich in hohem Ansehen — nicht als fair; die Anschauungen des Plato, der die Gewerbtreibenden, die *χρηματιστικοί*, als die vom sinnlichen Begehren ausschliesslich beherrschte Menschenklasse ansieht und ihr in seinem Staat die dritte, lediglich dienende und passive Stellung anweist, und des Aristoteles, der die Handwerker wegen der Art ihrer Beschäftigung für wenig besser denn Sklaven hält¹⁾, waren wesentlich auch die der römischen Jurisprudenz. Die bezahlten Arbeiten der Handwerker und Tagelöhner (*operae locari solitae*) galten als anrühig, illiberales, und mit fast bodenloser Verachtung ward ab und zu von dem Lohnerwerb nachgehenden Personen, wie *fullones*, *nautae*, *stabularii* gesprochen; bei ihnen ward gewissermassen Schlechtigkeit präsumiert (*curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum*). Umgekehrt die freie geistige Thätigkeit war bekanntlich allgemein und hoch angesehen, aber dafür ward sie auch den „niederen“ Sphären des Wirtschaftslebens ganz entzückt und musste ihren Lohn in sich bzw. in dem durch sie vermittelten politischen Einfluss suchen. Nur ein „Ehrensold“ konnte ihr für ihre Bemühungen gegeben werden, auf den ein klagbarer Anspruch versagt war, cf. l. 1 pr. D. XI, 6:

„Ideo autem (sc. praetor) hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres inter talem personam (sc. agrimensorem) locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praebere et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari.“

¹⁾ cf. Lasson Rechtsphilosophie, S. 65.

Es ging also über das Fassungsvermögen der „veteres“ hinaus, dass eine anständige Person („*talis persona*“) sich zu so niederen Beschäftigungen wie eine *locatio conductio* herabgelassen haben könne. Ähnliche Grundsätze gelten auch für das Mandat; auf derlei Ideen muss es auch zurückgeführt werden, wenn den Senatoren das Zinsen-Nehmen ganz untersagt wird, während „*illustres*“ statt der sonst statthaften 6% nur 4% pro anno nehmen dürfen. Mit Recht sagt Endemann¹⁾, dass den Römern der sittliche und rechtliche Begriff wirtschaftlicher Arbeit ganz und gar gemangelt habe, und Wagner²⁾ spricht von dem römischen Privatrecht als dem Rechte eines Volkes, dessen Volkswirtschaft auf dem Herrschaftsprincip der Eroberung und Sklaverei, nicht auf dem Princip der eigenen Arbeit beruhe.

In der That — soweit man vom Standpunkte der Römer aus von einem „Arbeiten“ sprechen kann, besteht dies in ganz etwas Anderem als einer wirtschaftlich produktiven Leistung — die „Arbeit“ und Erwerbsthätigkeit des Römers bestand im *rapere, occupare*. Nichts ist charakteristischer dafür als Gaius Ausspruch (IV, 16)

„*maxima sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent.*“ Und dieser Satz kann als Wahlspruch angesehen werden, dem Rom stets treu geblieben. Dem entspricht auch schon die äussere Gestaltung des Eigentumserwerbs — galt es, sich eine herrenlose Sache zu Eigen zu machen, so diente dazu die *occupatio*, erwarb man aber das Eigentum derivativ von einem bisher Berechtigten, so bedurfte es dazu nach der altnationalen, erst bei Justinian endgiltig abgeschafften, Rechtsbestimmung nicht minder eines Ergreifungsaktes, der *mancipatio* (von *manus* und *capere*) — hier war das sollennisierte *rapere* und *occupare* selbst zum Rechtsinstitut erhoben. Ja, selbst beim Rechtsgang benutzte man das Ergreifen zu processualischen Zwecken — wir erinnern an die *vis ex conventu*, die *deductio quae moribus fit*. Den unglücklichen Fremden und Provinzialen gegenüber ward das Raubsystem vollends in ein Rechtssystem verwandelt — es war gesetzlich statthaft und erschien lobenswert, von den *res*

¹⁾ Kanonistische Wirtschaftslehre S. 726.

²⁾ a. a. O. S. 365.

hostium möglichst viel als gute Prise an sich zu nehmen; den Provinzialbewohnern ward selbst die Fähigkeit abgesprochen, an ihrem Grund und Boden Eigentum zu haben, das sich vielmehr das römische Volk selbst vorbehielt.¹⁾ Und bekannt ist das skandalöse Ausbeutungsprincip der Provinzen durch die Statthalter und andren Provinzialbeamten, von dem sich selbst die Besten, wie Cicero und Brutus, nicht ganz freihalten konnten. Daheim für ihre juristischen Mühwaltungen ein Äquivalent zu fordern, das erschien diesen Biedermännern als inhonestum, wogegen die schamloseste Bereicherung aus dem Seckel der peregrini als ein nichts weniger als anstössiges Mittel zur Erlangung von Reichtum und Ansehen galt. Wenn freilich J. B. Say²⁾ behauptet, die Römer hätten nicht produziert, sondern blos die Produkte von Andern geraubt, so ist diese, auch sonst noch oft gehörte Behauptung (cf. Goldschmidt Gesch. des Handelsrechts S. 66) insofern eine fable convenue, als das Vorhandensein eines regen gewerblichen und kommerziellen Lebens in Rom eine feststehende Thatsache ist, siehe die Darstellung bei Goldschmidt a. a. O. Aber andererseits war es fast ausschliesslich der, technisch auf Sklavenarbeit beruhende, Grossbetrieb, der dort zur Blüte gelangte. Er war allein nicht anstössig (cf. Cicero de offic. I, 42), während gewerbliche Handarbeit als ein inhonestum galt. Die Leitung des grossen Betriebes aber erschien den Römern nicht als Arbeit, der dadurch vermittelte Gewinn nicht als Lohn, sondern als Ausfluss ihres Eigentums, als durch Sklavenarbeit vermittelter „fructus“. Höhere ethische Gesichtspunkte vermögen wir hierin nicht zu entdecken. Und nicht nur Fremde begnügte man sich auszuplündern, auch in der Heimat beutete der wirtschaftlich Starke den Schwächeren unter der Herrschaft eines barbarischen Schuldrechts aus. Jeder war nur auf seinen Privatvorteil bedacht; wahrte er diesen, so „arbeitete“ er eben von diesem rein subjektivistischen Standpunkt aus produktiv — wie konnte der Begriff einer wirtschaftlichen, objektiven Produktivität einer Nation aufgehen, die, weil sie den Gesellschaftsbegriff niemals gekannt hat,

¹⁾ cf. des näheren Puchta, Institutionen. Aufl. 9. Bd. I S. 150.

²⁾ Bd. I S. 307.

im Volke nur eine wirtschaftlich beziehungslose Summe von einzelnen Individuen erblickte? So ist dies subjektive Erwerbsprincip das entscheidende Moment in der ganzen römischen Wirtschaftslehre. Freilich erscheint dies Princip schon in den Pandekten in mannichfaltiger Weise gemildert und im Kaiserrecht des Codex fast ganz zur Unkenntlichkeit verwischt — aber man muss bedenken, dass die grossen klassischen Juristen, selbst wohl nur zum geringsten Teil aus rein römischem Blut entsprossen, in einer Zeit der überhandnehmenden „Entnationalisierung“ des Rechts lebten. Der willkürliche Despotismus der Kaiserkonstitutionen aber trägt das hippokratische Gesicht einer greisenhaften, absterbenden Rechtsbildung. Sentimentalen Gemütern mag vielleicht die „Milde“ jener Zeit behagen — wir aber können mit unserem hochverehrten Jhering höchstens das tiefste Mitleid empfinden mit einer Zeit voll Erschlaffung und Entartung, einer Zeit, die nicht allein unfähig war, selbst eine neue Rechtsbildung auf neuen Principien aufzubauen, sondern sich auch mit lächerlichem Hochmut über die stolze, von ihr freilich unverstandene Vergangenheit zu erheben vermass.

Wenn die Römer die Occupation als normalen Eigentums-erwerbsgrund ansehen, so könnte man in dem mit diesem Akt verbundenen Arbeitsaufwand die Anerkennung eines wahren Arbeitsprincips zu suchen geneigt sein. Und doch wäre nichts falscher als das! Nie wird dieser Gesichtspunkt in den Quellen hervorgehoben — die Mühwaltung sah man nur als das mit in den Kauf zu nehmende Accidens an: das Entscheidende ist der Akt des Erbentens; wie Wagner¹⁾ es ausdrückt, soll und muss der Wille, der sich mit Macht in die Sache hineinlegt, zur Geltung gebracht werden. Damit hängt zusammen, dass die Römer das Eigentumsinstitut von dem ursprünglichen Besitz ableiten, l. 1 § 1 D. XLI, 2 — was wir in Händen haben, als dessen Eigner erkennt die spätere Rechtsordnung uns an.

Wie in der späteren Zeit in mehrfacher Beziehung die Anerkennung der Ansprüche der redlichen produktiven Arbeit im Rechtsleben zur Geltung gelangten, das werden wir unten in der Lehre von der Güterverteilung im Einzelnen zu betrachten

¹⁾ a. a. O. S. 520.

haben. Dahin gehören namentlich die Specification und der „pro cultura et cura“ eintretende Fruchterwerb des bonae fidei possessor.

§ 9.

Das Kapital.

Nach den Erörterungen der vorigen Paragraphen kann es nicht Wunder nehmen, dass die Römer den dritten Produktionsfaktor der modernen Wirtschaftslehre, das Kapital, noch nicht anerkannten. Zwar ist das Wort „Kapital“ aus ihrer Sprache entlehnt — aber was sie *caput* oder *sors*, was sie *usurae* nennen, beschränkt sich auf das dargeliebene Geldkapital und dessen Zinsen, ein Gesichtspunkt, über den freilich auch die Wissenschaft der neueren Zeit erst durch Hume und Adam Smith hinausgekommen ist und den das grosse Publicum vielfach selbst heute noch teilt. Man sollte sich hüten, einen bestimmteren Kapitalsbegriff in die Lehren der römischen Juristen künstlich hineinzutragen. Von diesem Vorwurf können wir namentlich Dankwardt¹⁾ nicht freisprechen, nach dessen Behauptung der auf das Kapital entfallende Anteil an der Produktion von den Römern als „*utilitas circa rem ipsam*“ bezeichnet worden ist. Die dafür angerufene l. 21 § 3 D. XIX, 1 von Paulus lautet:

„*cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum necatorum consequitur.*“

Hier ist in Wahrheit nur der aus der Sache selbst dem aus der Arbeit des Eigentümers — wobei freilich für deren Produktivität wieder der rein subjektive Gesichtspunkt, „*lucrum fecit*“, zu Grunde gelegt wird — entstandenen Gewinn gegenübergestellt,

¹⁾ Studien I, S. 99.

eine Unterscheidung, die auch an andern Stellen, z. B. durch Sonderung des *commodum ex re* und *comm. ex negotiatione*¹⁾, gemacht wird. Nicht hierin liegt aber das Entscheidende, sondern darin, ob neben dem Produktivfaktor „Natur“ das Kapital als selbständige Güterquelle anerkannt ist. Von einer solchen Anerkennung aber findet sich keine Spur²⁾, im Gegenteil werden alle Erzeugnisse einer Sache, die des Bodens sowohl wie die Tierjungen, die Leistungen von Sklaven, unter den Begriff der „*fructus*“ gebracht (cf. § 7). Die *fructus* aber verdanken ihre Entstehung der Natur (*natura omnes fructus comparavit*, l. 28 D. XXII, 1). Für den Kapitalbegriff bleibt daneben gar kein Raum. Man kann daher auch nicht ganz korrekt sagen, dass den Römern der Unterschied von stehendem und umlaufendem Kapital bekannt gewesen sei, was Dankwardt³⁾ gleichfalls thut. Allerdings würde die Sonderung von Sachen, die man in der Wirtschaft verwendet *recepturi non eandem speciem quam dedimus, sed idem genus* (l. 2 pr. D. XII, 1) und *derer, quae in specie functionem suam recipiunt*, d. h. der fungiblen und nicht fungiblen Sachen, jenem Gegensatz entsprechen, wenn *res* hier nur Kapitalgüter bezeichnete, was aber nicht der Fall ist. So kann man nur von einer Sonderung stehender und umlaufender Güter sprechen.

Das römische Kapital ist daher nur Geldkapital, der römische Zins nur Geld-, vornehmlich Darlehnszins, cf. l. 20 D. XXII, 1:

„*usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceterum sortem non vitare.*“

Über die *usurae* selbst ist unten § 16 weiter zu reden.

1) cf. l. 21 D. XVIII, 4.

2) cf. dazu Arnold, Kultur u. Recht d. Römer S. 330.

3) N. u. Jur. I, S. 19.

Kapitel III.
Der Güterumlauf.

§ 10.

Tausch und Kauf. — Die Ware.

In ihren Anschauungen über den Güterumlauf stehen uns die römischen Juristen erheblich näher als hinsichtlich der Fragen der Güterproduktion, wenn auch der technische Ausdruck für Handel fehlte; Goldschmidt, *Gesch. d. Handelsrechts* S. 71 (*negotiatio* heisst jeder Gewerbebetrieb, *mercatura* nur Warenhandel im engsten Sinn). Speciell die Bedeutung des Kaufes wird scharf hervorgehoben. Die produzierten Güter bedürfen, um ihre wirtschaftliche Bestimmung zu erfüllen, des Umsatzes. Denn selten kommt es vor, dass man für alle selbst gewonnenen Güter Verwendung hat, selten, dass man alle Bedürfnisse unmittelbar aus eigener Wirtschaft deckt. Dazu dient der Tausch, *permutatio*. In geradezu klassischer Weise setzt uns das Paulus, der grosse und tiefe Theoretiker, auseinander (l. 1 pr. D. XVIII, 1):

„*Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unus quisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit.*“

cf. auch § 2 J. III, 23.

Den Güterumsatz bildete also ursprünglich die Hingabe von *merx* gegen *merx*. Aber diese *permutatio* konnte auf die Dauer, so fährt Paulus fort, dem vermehrten Verkehrsbedürfnis nicht genügen —

„sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles¹⁾, electa materia est . . .“

Man erfand also eine allgemein giltige Ware, das Geld, und der Tausch verwandelte sich damit in den Kauf. Das Verhältnis von Tausch und Kauf scheint ein vielerörtertes unter den römischen Juristen gewesen zu sein, auch herrschte darüber, wie uns l. 1 und § 2 cit. berichten, keineswegs eine Übereinstimmung der Anschauungen.

„sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emtionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emtionem hoc esse.“

Die Sabinianer, so referiert Paulus weiter, hätten sich für ihre Ansicht auf keine geringere Autorität als die des Dichters Homer berufen. Aber trotzdem verwirft er ihre Theorie:

„sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emtor, uter venditor sit.“

Auch Justinian schloss sich dieser Anschauung in den Institutionen an — „cum et ipsa aliis Homericis versibus adiuvatur et validioribus rationibus argumentatur.“ Dies sei auch schon von seinen Vorgängern anerkannt worden.

Ähnliche Auseinandersetzungen finden sich in l. 1 und 2 D. XIX, 4. Wenn hier Paulus zustimmend eine Äusserung des Aristo referiert, wonach „permutatio vicina est emtioni“, so folgt daraus keineswegs, dass dieser den Unterschied beider Kontrakte übersehen hätte, sonst würde ein so scharfer Systematiker wie Paulus das Citat schwerlich ohne Kritik zur Bestätigung herangezogen haben. Dass beide Geschäfte verwandt und zahlreiche Bestimmungen des einen zweckentsprechend auf das andre anzuwenden sind, ist eben vollständig richtig. Ein Mehreres ist auch aus der l. 2 C. IV, 64 —

¹⁾ cf. das Dichterwort:

„Was man nicht hat, das eben brauchte man, und was man hat, kann man nicht brauchen.“

„permutationem re ipsa utpote bonae fidei constitutam, sicut commemoras, vicem emtionis obtinere non incogniti iuris est,“ —

nicht zu entnehmen: wenn der Tausch re ipsa zustandegekommen ist, dann sollen auf ihn die Regeln über den Kauf Anwendung finden — aber gerade dass er „re ipsa“ und nicht wie der Kauf nudo consensu abgeschlossen werden muss, ist schon ein Unterschied zwischen beiden, cf. l. 1 D. cit. Dies scheint Knies¹⁾ zu verkennen, wenn er aus der Kodexstelle eine der Sabinianischen Ansicht „verwandte Stimme“ herauszuhören vermeint. Zu unserer Kontroverse bemerkt Goldschmidt²⁾: „Es handelt sich nicht darum, ob Kauf Tausch sei, sondern nur, ob der Tausch Kaufnatur habe.“ —

Alles, was Objekt des Umsatzes ist, heisst Ware, merx. Mit diesem Wort wird danach bezeichnet:

1) allgemein jeder Gegenstand des Handels, l. 73 § 4 D. XXXII, wo Ulpian sagt:

„quod quis ideo comparavit, ut ilico distraheret, mercis magis loco quam suorum habuisse credendus est.“

Hier wird merx den dem eigenen Gebrauch dienenden Sachen (den „sua“) entgegengestellt.

2) speciell der Gegenstand des Kaufs, l. 42 D. XLVI, 1 (Javolen):

„quia non, ut aestimatio rerum quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est.“

Ferner l. 39 D. XLVI, 3 (si et emtor nummos et venditor mercem deposuerint), l. 1 D. XIX, 4 (ita pretium aliud, aliud merx). In diesem engeren Sinne scheidet das Geld, pecunia numerata, aus dem Begriff der Ware aus, ja es bildet eigentlich den Gegensatz derselben, während es von jener ersten, weiteren Bedeutung von „merx“ mitumfasst wird. Nicht zur merx gehören nach römischer Auffassung:

1) die Menschen, und zwar auch die Sklaven. Daher sind die Sklavenhändler keine Kaufleute, l. 207 D. L,16:

¹⁾ Geld S. 346.

²⁾ Handelsrecht S. 1064 N. 11.

„mercis appellatione homines non contineri Mela ait: et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarios appellari ait, et recte.“

2) Sachen, die aus gewissen (religiösen, publicistischen) Gründen als Ausnahme von der allgemeinen Umsatzfähigkeit dem Verkehr entzogen sind, *res quarum commercium non est*, l. 34 § 1 D. XVIII, 1 u. a.; Goldschmidt II S. 526 N. 4.

3) Immobilien, l. 66 D. L,16:

„mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet,“ (Ulpian) eine Bestimmung, die sich bekanntlich im deutschen Handelsgesetzbuche wiederfindet, indem es hier Art. 275 heisst:

„Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte.“

Man wird wohl keinen Augenblick anstehen, die theoretische Korrektheit von Ulpian's Ausspruch zuzugeben — Waren, Objekte des Umsatzes, können offensichtlich nur solche Dinge sein, die einer Platzveränderung zugänglich sind, während von einem „Umlauf“ der Grundstücke nicht die Rede sein kann. Bei ihnen cessiert also die ganze wirtschaftliche Bedeutung des Handels, als welcher seine ökonomische Berechtigung nur aus der den Gütern durch den Umlauf zugefügten Werterhöhung ableitet. Nur schade, dass die Römer demungeachtet auch die Immobilien allen andern Sachen gleich der privaten Speculation so vollständig überlassen und dadurch ihre bessere theoretische Einsicht praktisch selbst verleugnet haben, eine Verleugnung, an deren Folge noch unsere gesamte von römischen Einflüssen durchsetzte Immobiliargesetzgebung krankt. Diese Erwägungen sollten doch Dernburg (Pr. Pr. R. II § 5 N. 2), der einen leisen Tadel über das Festhalten des H. G. B. an der „historischen Schranke“ nicht unterdrücken kann, zu einem andern Urteil veranlassen — auch in dieser Frage dürfen nicht rein formal-juristische Gesichtspunkte allein die Entscheidung bestimmen.

Zum Schluss sei noch bemerkt, was näher auszuführen nicht zu unserem Thema gehört, dass die Römer im Princip stets dem vollständigen Freihandel huldigten; erst in der Kaiserzeit finden sich einzelne Beschränkungen in Gestalt von Ausfuhrverboten etc., Tydemann S. 132, Goldschmidt Gesch. d. Handelsrechts 1891 S. 84 ff. (l. 2 C. IV, 40; l. 1, 2 C. IV, 41; l. 2, 4, 6 C. IV,

63). Auch über das römische Zollwesen giebt uns eine Pandektenstelle (l. 16 § 7 D. XXXIX, 4 von Marcian) in Gestalt eines ausführlichen Verzeichnisses zollpflichtiger Waren Auskunft. Über Gewerbesteuerverhältnisse Goldschmidt a. a. O. S. 88.

Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Häfen als Handelsemporien erkennt Ulpian in l. 59 D. L, 16 an:

„portus appellatus est conclusus locus, quo importantur merces et inde exportantur.“

§ 11.

Das Geld.

Eine ganz besondere Stellung nimmt unter den Waren — im weiteren Sinn — das Geld ein. Es ist nicht Gegenstand, sondern vielmehr Mittel des Güterumsatzes, daher auch selbst kein Kaufobjekt, l. 19 D. XIX, 4:

„ratio non patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emtionis.“

Von den Funktionen des Geldes hatten die Römer eine recht klare Vorstellung, klarer vielleicht, als hinsichtlich aller andern volkswirtschaftlichen Begriffe. In der l. 1 D. XVIII, 1 von Paulus besitzen wir eine ebenso prägnante wie korrekte Abhandlung über die Bedeutung des Geldes; Roscher nennt sie die schönste antike Erklärung, und der Italiener P. Neri hat sie zum Gegenstande eines ausführlichen Kommentars²⁾ gemacht. Der Jurist fährt, nachdem er (cf. § 10) das Ungenügende des Tausches hervorgehoben hat, fort, man habe zur Vermeidung dieser Unzuträglichkeiten eine „materia“ ausgewählt,

„cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret, eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex

¹⁾ Bd. 1 § 116 N. 6.

²⁾ Osservazioni bei Custodi P. A. VI, 324 fg. — uns leider nicht zugänglich.

substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.“

Diese „*materia*“ heisst hier „*nummi*“ (§ 1), ihrer Funktion nach „*pretium*“; das Wort „*pecunia*“ fehlt, findet sich aber an zahlreichen andern Stellen. Paulus stellt danach für das Geld folgende Erfordernisse auf:

a) es muss die dazu bestimmte *materia* an sich einen und zwar dauernden Wert haben, *publicam ac perpetuam aestimationem*. Mit Recht hebt Knies¹⁾ diesen Punkt aus dem Citat als besonders beachtenswert hervor. Die zum Geld zu verwendende Substanz empfängt ihren Wert nicht erst dadurch, dass sie staatlich zum Geld bestimmt wird, sondern sie dient umgekehrt als Geld, weil ihr von vornherein ein allgemeiner, dauernder Wert inne wohnt. Paulus erkennt also, modern gesprochen, im Gelde die Funktion des Wertrepräsentanten an. Dies wird von Arnold (Kultur u. Recht d. Römer S. 328), nach dem die Stelle nur vom „Tauschwert“ des Geldes handelt und den inneren Wert zu Gunsten des durch Prägung bestimmten Nennwertes vernachlässigt, vollkommen verkannt.

b) aber auch seitens der öffentlichen Gewalt muss diese „*materia*“ als Geld anerkannt sein — *publica aestimatio*; — sie muss ferner von Staatswegen zum Geld bestimmt („*electa*“, was mit Goldschmidt, S. 1069 N. 32 gegen v. Scheel, Hildebrand's Jahrb. IV S. 17, nicht auf Vertrag, sondern auf objektives Recht zu beziehen ist), nicht minder „*forma publica percussa*“ — durch staatliche Prägung zur Währungsmünze geworden sein. Sie dient daher als gesetzliches Tausch- und Zahlungsmittel.²⁾ Als Tauschmittel, indem sie den alten Naturaltausch rechtlich wie wirtschaftlich ersetzt, indem nicht mehr Ware gegen Ware, sondern Ware gegen Geld umgesetzt wird — *nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur*. Und nicht minder als Zahlungsmittel allgemein — in der Verwendung zu Zahlungen besteht die wirtschaftliche Bestimmung des Geldes, was Paulus mit den Worten darlegt:

„usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate.“

¹⁾ Geld S. 402.

²⁾ Beide im Knies'schen Sinne unterschieden.

Mit diesen Anschauungen steht Paulus nicht allein. Auch Gaius (l. 3 D. XIII, 4) erkennt den allgemeinen, also nicht auf zufälligem staatlichem Belieben beruhenden, Wert des Geldes an, sogar mit einer gewissen Übertreibung: „pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse.“ Und die Bedeutung des Geldes als Zahlungsmittel betont Ulpian in l. 9 § 2 D. XL, 7 (quae pecunia lui praestarique possunt.) Auch in l. 39 D. VII, 1 hält Gaius die richtige Mitte zwischen beiden Extremen — das Geld ist ein Gut, das man geniessen kann wie alle Güter, aber auch nicht mehr als diese:

„quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re fruitur.“

Auch sonst wird der Wert des Geldmetalls mit dem anderer Güter verglichen; cf. l. 35 pr. D. XXXIV, 2; l. 35 pr. C. VIII, 53. Ferner l. 3 D. XIII, 4: certa nummorum aestimatio; Goldschmidt a. a. O. S. 1101. Es ist gewiss ein nicht zu unterschätzendes Zeichen volkswirtschaftlicher Einsicht, wenn die Verfasser all dieser Stellen im Gegensatz zu der noch vor wenigen Jahrhunderten gang und gäben Überschätzung des Geldes einer- und Unterschätzung andererseits die richtige Mitte einhalten. Ihnen ist weder, wie manchen Physiokraten, das Geld „une richesse de fiction“, das lediglich deshalb in Zahlung genommen wird, weil es dem Staat einmal so beliebt, noch ist es ihnen der einzige oder vornehmste Wert, wie den Merkantilisten, sondern nur eine einzige „electa materia“ mit allerdings ganz besonderen Eigenschaften.

Das technische Wort der Römer für „Geld“ ist bekanntlich pecunia. Ihm wohnt indes gleichfalls, wie merx, eine doppelte Bedeutung inne:

a) im weiteren Sinne bedeutet es: „Vermögensobjekt überhaupt“,

b) im engeren Sinne ist es nur „Geld“. Und dies muss als die eigentlich technische Bedeutung des Wortes angesehen werden, wogegen der Ursprung desselben (von pecus) natürlich kein Gegenbeweis ist. Denn zur Urzeit vertrat Vieh eben die Stelle des späteren Geldes. Das ergibt sich zunächst aus l. 11 D. L, 16 (Gaius):

„creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex aliqua causa debetur.“

Denn wenn solche Gläubiger, denen pecunia geschuldet wird, von denen gesondert werden, deren Ansprüche auf andere Gegenstände gehen, während andererseits nach der bekannten römischen Auffassung jede Obligation ein Vermögensinteresse voraussetzt, so kann hier mit pecunia, dem engeren Begriff, nicht jeder Vermögenswert gemeint sein. Auch in § 2 J. III, 23 wird die pecunia numerata, aus der der Kaufpreis bestehen müsse, den „ceterae res“ scharf entgegengestellt. Trotzdem ist dieser Punkt kontrovers. Endemann¹⁾ glaubt, das römische Recht habe einen weiteren und engeren Begriff von pecunia gekannt, während Knies²⁾ das energisch bestreitet, bzw. leugnet, dass jener obengedachte „weitere“ Begriff pecunia im Sinne von „Geld“ nähme. Sehr richtig bemerkt letzterer, dass pecunia in jener weiteren Fassung nichts bedeuten solle als die Gesamtheit der, Vermögensobjekte bildenden, wirtschaftlichen Güter. Die von Endemann dagegen angeführten Stellen sind u. E. nicht entscheidend. In l. 5 D. L, 16 unterscheidet Paulus zwischen res und pecunia:

„Rei appellatio latior est quam pecuniae, quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.“

Ferner wird l. 97 D. L, 16 von Celsus angeführt:

„cum stipulamur: quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit, res ipsas quae pervenerunt, non pretia earum spectare videmur.“

In beiden Stellen wird der Begriff nicht auf „Geld“ im eigentlichen Sinn beschränkt, ja ihm gegenüber einer etwaigen beschränkteren Auffassung ausdrücklich entgegengestellt. Pecunia ist danach alles, quod in patrimonio est. Wird aber selbst Endemann Servituten, Pfandrechte, Dinge, die alle „in patrimonio sunt“, zu seinem „Geld im weiteren Sinn“ rechnen wollen?

¹⁾ Kanonist. Wirtsch.-L. Hildebrands Jahrb. I, 73.

²⁾ Geld S. 256.

Der weitere und engere Begriff von pecunia wird ferner von Ulpian in l. 178 D. L,16 in Relation gebracht:

„pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora: nam corpora quoque pecuniae appellatione contineri nemo est qui ambiget.“

Der engere Begriff von pecunia, pec. in seiner Eigenschaft als pretium emtionis, heisst hier und an anderen Stellen zum Unterschied pecunia numerata (zahlreiche Beispiele bei Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts II S. 1093 N. 8). Ganz ähnlich sagt ferner Hermogenian in l. 222 eod. tit.:

„pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur.“

Man vergleiche auch l. 2 C. IV,18; l. 77 § 24 D. XXXI (de pecunia sua testari); l. 53 pr. D. L,16; l. 6 pr. D. XVIII,1 (publica loca, quae non in pecuniae populi habentur); l. 30 D. XXXI (magnitudo pecuniae); l. 30 pr. D. XXX (talīs scriptura: quas pecunias legavi... ad corpora legata non pertinet, sed ad ea quae pondere numero mensura continentur); sowie Cicero de inven. II, 21 (eiusdem pecuniae heres).

Die Frage, ob die Römer in diesen Stellen einen weiteren Begriff von „Geld“ anerkannt haben, ist keineswegs ohne Interesse. Gerade Endemann und mit ihm andere, die auch allgemein dem Geldbegriff über das gemünzte Metall hinaus einen weiteren Umfang anweisen, wollen hier eine Bestätigung ihrer Anschauung finden. Dass von „Geld“ im eigentlichen, engeren Sinn nur beim Metallgeld die Rede sein könne und auch bei den Römern die Rede gewesen ist, giebt Endemann selbst zu, würde das auch gegenüber Paulus' Auseinandersetzung in l. 1 cit. schwerlich bestreiten können. Aber wie kommt daneben „pecunia“ zu seiner weiteren Bedeutung? Um das feststellen zu können, müssen wir von der bei Ulpian in l. 9 § 2 D. XL,7 gegebenen Begrenzung des möglichen Gegenstandes einer Obligation ausgehen:

„ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestari que possunt.“

Hier ist pecunia natürlich nur im engeren Sinne verwendet. Aber warum kann nur das, was sich möglicherweise in Geld abschätzen lässt, mit einer obligatio gefordert werden? Die Antwort lautet, dass bei den Römern eine jede Kondemnation nicht auf die Sache bezw. die Leistung selbst, sondern auf das in Geld abgeschätzte Leistungsinteresse des Klägers erfolgte. Ein Recht auf etwas, was mangels pecuniären Interesses dieser Umsetzung unfähig gewesen wäre, konnte also nicht realisiert werden. Damit war eine Brücke zwischen „Geld“ und „Vermögen“ überhaupt hergestellt — alle Arten von Vermögensrechten, Eigentum, iura in re aliena, Forderungen, bedurften, um vor Gericht Realität zu erlangen, einer Reduktion auf Geld, pecunia. Hatte also jemand eins dieser Rechte, besass er Vermögen, so war eine Relation mit pecunia von vornherein gegeben. Hieraus ergibt sich der entscheidende Punkt: war eben ein jedes Vermögensrecht ein solches nur wegen seiner Gleichwertigkeit mit einem Quantum Geld, so konnte dem wirtschaftlichen Effekt nach dasselbe auch einfach als „pecunia“ bezeichnet werden; jede Obligation z. B. wurde gleichgestellt derjenigen litis aestimatio, die dem Gläubiger evt. zugesprochen wurde. Daher werden auch die „iura“ zu der „pecunia“ gerechnet, pecuniae nomine continentur — natürlich, denn ohne Beziehung auf Geldeswert würden sie als Rechte mangels Realisierbarkeit nicht bestehen können.

Von einem weiteren Begriff von pecunia im Sinne von „Geld“ ist dabei nicht die Rede, sondern nur von „in Geld abschätzbarem Gut“. Das Geld, welches allein die Zusammenfassung jener Güter unter den „pecunia“-Begriff vermittelt, ist nur gemünztes Geld; dass ohne diese Beziehung aus sich selbst heraus jene Dinge Geld darstellen könnten, lässt sich aus keiner Andeutung der Quellen entnehmen. Auch wo „pecunia“ schlechthin gebraucht wird, ist es nicht immer in diesem übertragenen Sinn zu verstehen, so in l. 11 D. cit., l. 18 D. XIII, 7 (nomen pecuniarium im Gegensatz zu n. corporis alicuius). Soll der engere, eigentliche Sinn des Wortes nachdrücklich hervorgehoben werden, so wird freilich meist „pec. numerata“ gesagt, so pr. § 2 J. III, 23, l. 222 D. cit. Pec. num. („numerata“ als eine der res quae pondere numero mensura consistunt) ist also vor-

wiegend das schon physisch ausgesonderte, ausgezahlte Geld, während pecunia schlechthin entweder gleichfalls das in Wahrheit schon existierende, oder das erst durch etwaige Umsetzung mittelst *litis aestimatio* entstehende Geld bedeutet. Nicht ganz korrekt ist es dagegen, mit Kautz¹⁾ unter pecunia Vermögen schlechthin, unter pecunia numerata Geld zu verstehen; in dieser Schärfe ist die Terminologie keineswegs ausgebildet.

Das von uns geschilderte Verhältnis zwischen beiden Bedeutungen des Wortes pecunia ergibt sich u. E. klar aus Justinians Ausführungen in l. 2 C. IV, 18, in der er unter Aufhebung der alten *actio recepticia* die Zuständigkeit der *actio de pecunia constituta* erweitert:

„*quae in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae in pondere numero mensura sunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem.*“

Das soll jetzt „*hac apertissima lege*“ anders werden. In § 1b heisst es weiter:

„*et neminem moveat, quod sub nomine pecuniae etiam omnes res exigi definimus, cum et in antiquis libris prudentium, licet pecunia constituta nominabatur, tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, sed omnes res quae pondere numero mensura constitutae sunt. Sed et possibile est omnes res in pecuniam converti.*“

Also weil die *conversio in pecuniam* (im engeren Sinn) bei allen „*res*“ denkbar ist, sollen sie im Sinne dieser *actio* mit unter „*pecunia*“ verstanden werden. Denn, so fragt der Kaiser weiter,

„*si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res quae expressa est in constituendis rebus ponatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae?*“ — scil., so

müssen wir ergänzen, für den endgiltigen *Kondemnationseffekt*, als welcher doch notwendig in Geld zu geschehen hat. Zum Schluss heisst es noch in für unseren Zweck sehr bemerkenswerten Worten:

„*Sed ut et subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constitutam, tanquam fuisset ipsa pecu-*

¹⁾ Geschichtl. Entwicklung d. Nationalökonomik. Wien 1860 S. 171.

nia constituta, cum etiam veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiunt.“

Also „pecunia ipsa“ ist nur Geld, alle andern Güter werden nur übertragen und wegen ihrer Umsatzfähigkeit so genannt.

Nach dem Gesagten kann auch Hartmann¹⁾ nicht vollkommen Recht gegeben werden, der gleichfalls gegen Endemann polemisiert, im übrigen aber die besprochenen Stellen dahin versteht, dass sie im Wortlaut nur an das Geld zu denken scheinen, in Wahrheit aber von einem ganz andren Begriff reden, als dessen normalen Repräsentanten sie nur das Geld aufführen. Sie reden nach H. vielmehr von allem, was zum Vermögen gehört, setzen aber in ihrer das Konkrete liebenden Ausdrucksweise das Geld als das, was hauptsächlich den abstrakten Vermögenswert repräsentiert. Hiergegen ist zu erinnern, dass in mehreren jener Citate ausdrücklich hervorgehoben wird, unter pecunia sei nicht nur Geld, sondern „tam corpora quam iura“ zu verstehen. Nicht weil pecunia als wesentlichster Vermögensbestandteil, als Repräsentant des Vermögens angesehen wird, sondern umgekehrt, weil die andern Güter rechtlich als Repräsentanten der Geldsumme erscheinen, die, als Kondemnationsgegenstand ihnen gewissermassen als Schatten stets anhängt, werden sie von dem weiteren pecunia-Begriff mit umfasst.

Diese Ausführungen führen uns auf eine andre Behauptung Hartmanns²⁾, die Funktion des Geldes als allgemeines Wertmass sei juristisch unbrauchbar. Wir billigen diese Auffassung bis zu einem gewissen Grade — aber speciell für das römische Recht ist sie in dieser Allgemeinheit schwerlich aufrechtzuhalten. Bei der römischen Prozessformation musste die Frage, ob ein Ding eine mit dem Geld kommensurable Grösse bildete, dafür, ob es Gegenstand einer actio ausmachen könne, entscheidend sein. Und auch die Höhe der Bedeutung des Gutes für ein Vermögen konnte gerade rechtlich nur durch Vermittlung der pecunia fixiert werden — nur auf diesem Umwege ward ihm bei der ausschliess-

¹⁾ Das Geld, Braunschweig 1868, S. 17; 19.

²⁾ a. a. O. S. 6.

lichen *condemnatio pecuniaria* Schutz zu Teil. Insofern ist die *pecunia* der Massstab aller unserer Vermögensrechte. Wie sehr den Römern auch begrifflich diese Bedeutung der *pecunia* als Wertmesser klar war, ergibt sich aus l. 42 D. XLVI, 1 von Javolen (*aestimatio rerum quae mercis numero habentur in pecunia numerata fieri potest.*), Goldschmidt a. a. O. S. 1062.

Nach alledem können wir keineswegs Savigny's¹⁾ Behauptung unterschreiben, dass trotz der geringen Erwartungen, mit denen man an die von den Römern über das Geld aufgestellten Sätze heranzugehen habe, „das was man finde, noch unter dieser geringen Erwartung zurückbleibe, indem es eigentlich gar nichts sei. Was man aus den Quellen herauszulesen glaube, beruhe nur auf der Art willkürlicher Auslegung, welche das zu Beweisende selbst erst in den Text hinein trüge.“ Diese Meinung wird den Quellen nicht gerecht, ja Savigny widerlegt sie indirekt selbst dadurch, dass er die Erklärung des Paulus von dem Wesen des Geldes in l. 1 D. XVIII, 1 für „sehr passend“ erklärt,²⁾ ohne freilich Veranlassung zu einer näheren Besprechung der Stelle zu nehmen und ohne darauf einzugehen, dass Paulus bereits in den Worten „*publica aestimatio*“ eine obrigkeitliche Fixierung der Währung erfordert. Wenn dagegen Savigny dem Nennwert des Geldes gegenüber dem Kurswert die massgebende Bedeutung abspricht (S. 443), so bedeutet das einen auffälligen Rückschritt, der durch genaueres Eingehen auf Paulus' Ausführung vielleicht vermieden wäre; cf. dazu Dernburg Pr. Pr.-R. II § 32 N. 3, Goldschmidt a. a. O. Dass den Römern das Papiergeld und der ausgebreitete Weltverkehr, durch den erst der Kurswert seine bestimmte Bedeutung erlangt habe, mangelte, wird zwar niemand füglich bestreiten können — aber die richtige volkswirtschaftliche Einsicht vom Wesen des Geldes braucht doch durch dies „Fehlen“ nicht beeinflusst zu werden. v. Savigny verkennt aber auch die Bedeutung anderer Stellen, so der l. 99 D. XLVI, 3:

„*creditorum non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit.*“

¹⁾ Obligationenrecht I § 44.

²⁾ das. S. 472.

Mit Recht hat in diesem Fragment Savigny das Wort „debitorem,“ das die Florentina (und auch Mommsen) hat, durch *creditorum* ersetzt, da andernfalls das Fragment gar keinen Sinn ergebe. Denn das *mutuum* ist in Rom bekanntlich Realvertrag, l. 30 D. XII, 1. Von einem „*cogere*“ des Schuldners zur Annahme kann daher keine Rede sein. Im übrigen aber lässt Savigny an der Stelle kein gutes Haar — ihre Ausdrücke seien so unbestimmt, dass sie gar nichts besagten. Er fragt: „was heisst *aliam formam*?“ Damit könne gemeint sein ein andres Metall oder ein veränderter Gehalt; die vorausgesetzte *eadem forma* könne auf das ursprünglich ausgezahlt oder das versprochene Geld gehen. U. E. sind alle diese Unklarheiten nicht vorhanden. Was „*forma*“ heisst, hätte Savigny aus der l. 1 D. XVIII, 1 doch wohl leicht entnehmen können (*electa materia est, quae forma publica percussa etc.*) In beiden Fragmenten bezeichnet „*forma*“ nichts als die Art der Ausprägung bzw. die hergestellte Münzsorte, von einer Metallsorte ist dabei gar nicht die Rede (*forma publica*). Der Schuldner soll also in keiner anderen Münze zahlen, falls der Gläubiger dadurch (etwa wegen Kursschwankung) Schaden erleiden würde. Welche Sorte er aber schuldet, das wird mangels besonderer Abrede freilich durch die Wahl der hingegebenen Sorte bestimmt werden — eine Unbilligkeit, welche in der dem Schuldner zugemuteten Rückzahlung in genau derselben Sorte läge, will Paulus ja gerade durch seine Entscheidung beseitigen. So giebt die Stelle einen sehr guten Sinn und es ist nicht ihre Schuld, wenn sie lange Zeit den grössten Misverständnissen (cf. darüber Dernburg Pr. Pr.-R. II § 33 N. 6) ausgesetzt war, Misverständnissen, die sogar in das Allg. Ldr. (I, 11, § 778) einge- drungen sind. Dagegen stimmen wir hinsichtlich der Auslegung der weiter von Savigny angeführten l. 1 C. XI, 10 mit dem verehrten Altmeister vollkommen überein —

„*Solidos veterum principum veneratione formatos, ita tradi ac suscipi ab ementibus et distrahentibus iubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, modo ut debiti ponderis sint et speciei probae: scituris universis, qui aliter fecerint, haud leviter in se vindicandum.*“

In dieser Stelle kann von einem eigentlichen Zwangskurs, den sie anzuordnen scheint, nicht die Rede sein, da nur die Annahme von Stücken „debiti ponderis“ verlangt wird. „Darin liegt die Anerkennung des Metallwertes“ (Savigny S. 473). Ebenso billigen wir Savigny's Auslegung der früher kontroversen l. 2 C. IX, 10 —

(„pro imminutione, quae in aestimatione solidi forte tractatur, omnium quoque pretia specierum decrescere oportet.“)

Nach dieser Stelle soll bei einer gesetzlichen Minderung des solidus eine allgemeine verhältnismässige Herabsetzung des Münzfusses eintreten.

Die Ansichten der Römer über die wirtschaftliche Bedeutung des Geldes erfahren noch eine weitere Illustration durch die schon oben hervorgehobene Thatsache, dass sie die pecunia zu den res quae usu consumuntur rechneten. Das Geld, obwohl physisch existent bleibend, erfüllt doch seine wirtschaftliche Funktion für den Eigner nur durch Fortgeben — weil es eben die Funktion des Zahl- und Umlaufmittels besitzt. Geld in corpore aufzubewahren, ist daher im allgemeinen ein wirtschaftlich zweckwidriges Unterfangen. Nur ausnahmsweise kommt das depositum von „aes obsignatum“ als einer Speciessache vor; so wird in l. 24 D. XVI, 3 der Fall, wo jemand einem andern centum nummos giebt, ut corpora nummorum eadem redderentur, von der andern Abrede unterschieden, si ut tantundem solveretur convenit. Cf. ferner l. 7 §§ 2, 8, 26 § 2 D. eod. tit.; Goldschmidt S. 1145 N. 19. Für Münze gebrauchte man das Wort pec. signata, publica forma percussa (l. 1 cit.), aurum signatum, forma expressum (l. 27 § 4 D. XXXIV, 2), cf. auch l. 19 pr., l. 27 § 6 D. eod. (argentum in signato).

Auch die Wertverhältnisse zwischen beiden zu Geld verwendeten edlen Metallen erschienen schon den Römern als dem Wechsel unterworfen; cf. Tydemann S. 16 fg., der hier anführt l. 2,3 C. Theod. de collat. aeris; tit. C. Just. X,29. Hier bestimmen Arcadius und Honorius i. J. 396 (l. un.)

„Aeris pretia, quae a provincialibus postulatur, ita exigi volumus, ut pro viginti libris aeris solidus a possessore reddatur.“

Im folgenden Jahre bestimmen dieselben Regenten in l. un. C. X, 78:

„Iubemus, ut pro argenti summa, quam quis thesauris fuerat illaturus, inferendi auri accipiat facultatem, ita ut pro singulis libris argenti quinos solidos inferat.“

Wenn demnach 1 Pfund Silber 5 Solidi gilt,¹⁾ so ist es, da auf ein Pfund Gold 72 Solidi gehen, mit $\frac{5}{72}$ Pfund Gold gleichwertig, was ein Preisverhältnis von $s : g = 1 : 14\frac{2}{3}$ angiebt. Aus l. 27 C. Theod. de cohort. erfahren wir aber, dass dies Verhältnis vorübergehend geändert wurde, nämlich unter dem Nachfolger des Arcadius in einem von Justinian nicht aufgenommenen Gesetze. Hiernach soll 1 Pfund Silber = 4 Solidi gelten, was ein Verhältnis von $s : g = 4 : 72 = 1 : 18$ involvieren würde — Zahlen, welche darthun, dass unsere modernen Silberpreise keineswegs von einer so „unerhörten“ Niedrigkeit sind, wie viele Bimetallisten behaupten.

§ 12.

Der Kredit.

Der Kredit²⁾ hat bei den Römern eine sehr bedeutsame Rolle gespielt. Das römische Schuldrecht ist ja gewissermassen vorbildlich geworden, und seine Entwicklung hat ein eminentes kulturhistorisches Interesse. Es variiert in seinem Entwicklungsgang von den Zwölftafeln bis zu Justinian von der grausamsten Härte gegen den Schuldner bis zu einer einseitigen, schwächlichen Vorliebe des Gesetzgebers für denselben. Eine Geschichte des römischen Kreditrechts zu geben, liegt ausserhalb unserer Aufgabe. Erinnern wollen wir nur kurz an jene drakonischen Bestimmungen der tab. III der Zwölftafeln, wo dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner gestattet wird:

„secum ducito, vincito aut nervo aut compendiis quindecim pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito.“

¹⁾ cf. l. 5 C. X, 72.

²⁾ dazu Dankwardt Nat. u. Jur. III. S. 34 ff.

Ferner unter 6 (Bruns - Mommsen S. 20) „*tertiis nudinis partis secanto, si plus minusve secuerunt, sine fraude esto*“, während es dem einzelnen Gläubiger gestattet war, den insolventen Schuldner *trans Tiberim* zu verkaufen oder zu töten. Mag jene Stelle auch, wie viele wollen, nur figürlich gemeint gewesen sein¹⁾ — jedenfalls ist sie charakteristisch für die alt-römische Auffassung, schlagender als bogenlange Abhandlungen. Die weitere Geschichte des römischen Rechts zeigt fortwährend Abschwächungen des Schuldrechts, so durch die *lex Marcia*, *Vallia*, *Poetelia*. Die klassische Jurisprudenz, welche die *Personalexecution* nicht mehr kennt, die regelmässige Folge des Judikats aber noch den Verkauf des gesamten Vermögens sein lässt, bildet ungefähr den Wendepunkt — von hier an beginnt eine entschiedene Richtung der Gesetzgebung im einseitigen Interesse der Debitoren, die Justinian zu ihrer höchsten Ausbildung brachte, was ihm freilich Jherings²⁾ harten Tadel einträgt, während Knies³⁾ die Bestimmungen des *Corpus iuris* in Schutz nimmt. Wir werden weiter unten die einzelnen hierher gehörigen Bestimmungen erwähnen.

Die *sedes materiae* der Lehre vom Kredit ist der *Pandektentitel XII, 1* — „*de rebus creditis*.“ Gleich in *l. 1 § 1* sagt Ulpian:

„*Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur.*“

Creditum, *creditor* ist also zunächst ein weiter, allgemeiner Begriff; als einen solchen fasst ihn der Prätor, wenn er ihn im Edikt den speciellen Erörterungen der einzelnen Obligationen

1) cf. die Citate lateinischer Schriftsteller bei Bruns S. 20.

2) Kampf ums Recht S. 82.

3) Kredit I S. 224.

vorausschickt. Ursprünglich mag, wie der Ausdruck *creditor* noch in der späteren Zeit für jeden Gläubiger gebraucht wird, auch *credere* als eine „*generalis appellatio*“ für die Begründung jedweder Obligation verwendet worden sein¹⁾ — im Sprachgebrauch des *Corpus Juris* bezieht es sich auf alle Verträge, bei denen man, *alienam fidem secuti*, etwas hingiebt, während die Gegenleistung erst später erfolgt.

Aber nicht dieser allgemeine, auch auf die in den nächsten Pandektenbüchern abgehandelten einzelnen Kontrakte bezügliche Begriff des *credere* bildet den ausschliesslichen Inhalt des tit. XII, 1 — schon die Überschrift zeigt, dass er noch ein Weiteres enthält — die Lehre vom Darlehen, *mutuum*. Dieses Geschäft fällt, wie *commodatum* und *pignus*, unter den Sammelbegriff des *creditum*; das Verhältnis beider setzt Paulus, scharfsinnig wie immer, in l. 2 § 3 eod. auseinander:

„*Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est. item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia, creditum autem interdum si nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur.*“

Die *differentia specifica* liegt also darin, dass, während im *creditum* nur allgemein ein *adsentiri alicui rei mox recepturi quid* vorhanden ist, „*mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus sed idem genus* (l. 2 pr. eod.), und im *Kommodat*, *Depositum* etc. umgekehrt gerade ein *recipere eiusdem speciei* stattfindet. Dieser, zunächst nur das *mutuum* umfassende, *Specialbegriff* ist es nun aber, der von den römischen Juristen gleichfalls mit *creditum* bezeichnet wird; hier nahm man, wie Jhering nicht uneben bemerkt,²⁾ eine gesteigerte Art des *credere* an. In diesem engeren Sinne verwendet Paulus in l. 2 § 1 eod. das Wort „*in creditum ire*“ — nur da, wo es sich um eine *datio fungibler Sachen* handle, könne man *in creditum ire*,

¹⁾ so Jhering, *Zweck im Recht*. Aufl. II, Bd. I, S. 158, 268 ff.

²⁾ a. a. O. S. 160.

„nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.“

Für diesen Begriff verwenden die Römer Ausdrücke wie: in creditum ire oder abire, in credito esse, in creditum dare oder accipere; so l. 5 § 18 D. XIV, 4 (si in creditum abiit, hier von einem Verkauf unter Kreditierung des Kaufpreises gebraucht); l. 19 § 1 D. XII, 1; l. 19 § 5 D. XVI, 1 (wo credere und in creditum ire als synonyme Worte gebraucht werden: „si initio ego pecuniam mulieri credidissem ac rursus tu mihi in creditum isse“); endlich die berühmte l. 31 D. XIX, 2 —

„rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur . . . aut eiusdem generis redderetur . . . ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri.“

In l. 27 § 2 D. XXXIV, 2 stellt Ulpian, wie Jhering hervorhebt, das „suum esse“ und das „in credito esse“ in Gegensatz — „argento omni legato, quod suum esset, sine dubio non debetur id, quod in credito esset: hoc ideo, quia non videtur suum esse, quod vindicari non possit.“

Endlich wird das Wort credere selbst für diesen engeren Begriff nicht nur an zahllosen Stellen gebraucht, was ja nicht verwunderlich wäre, sondern auch bisweilen zu solchen Verhältnissen in Gegensatz gestellt, die unter den obigen weiteren Begriff des creditum fallen; so in l. 24 § 2 D. XLII, 5 von Ulpian:

„aliud est enim credere, aliud deponere.“

Zu erwähnen ist hier auch noch l. 3 § 3 D. XIV, 6:

„ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emtionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatus consultum.“

Hier ist also ein neuer, vollständig verschiedener Begriff vom „credere“ ausgebildet. Wie erwähnt, umfasst derselbe zunächst das Darlehen. Aber nicht ausschliesslich: a) so wird in l. 5 § 18 und l. 3 § 3 cit. von einem in creditum abire gesprochen bei einem Kauf, wobei der Kaufpreis nicht baar gezahlt sondern gestundet — wie wir bezeichnend sagen „kreditiert“ — ist. b) nicht minder ist in l. 31 cit. von in creditum ire die Rede, ohne dass es sich um ein Darlehen handelte. Man könnte auf den



ersten Blick geneigt sein zu übersetzen „im zweiten Fall verwandelt sich das Geschäft in ein Darlehen“ — aber das wird widerlegt durch die Eingangsworte, wonach es sich in beiden hier besprochenen Fällen um eine *res locata* handelt und eine *locatio* auf zweierlei Weise, mit oder ohne Eigentumsübertragung, gethätigt werden kann. Wir dürfen daher dies *credere* im römischen Sinne dahin bestimmen: es ist die Hingabe von fungiblen Gegenständen, vornehmlich Geld, gegen die Verpflichtung zur demnächstigen Rückerstattung in gleicher Quantität und Qualität. Die Römer haben also einen doppelten Kreditbegriff gehabt, einen engeren und einen weiteren. Es ist ziemlich müssig, zu fragen, welchem von beiden für das römische Recht die grössere Bedeutung innegewohnt habe — wir wagen indes die Vermutung zu äussern, dass der allgemeine Sinn des „*creditum*“ in der Zeit entwickelteren Verkehrs, in dem sich auch sonst die Begriffe schärfer zu differenzieren und zerteilen pflegen, mehr und mehr hinter dem specielleren Sinn des Wortes habe zurückstehen müssen; hierauf deutet auch das Anwendungsverhältnis beider Begriffe in den Quellen hin.

Eine andre Frage aber ist, woran wir anzuknüpfen haben, um den modernen Begriff des Kredites festzustellen, mit andern Worten, welcher der beiden Bedeutungen des römischen „*creditum*“ unser Kreditbegriff entspricht. Die Antwort darauf ist um deswillen nichts weniger als leicht, da über letzteren bekanntlich noch keinerlei Übereinstimmung der Gelehrten erzielt worden ist. Für unsere Zwecke mag nur constatirt werden, dass der neueste Schriftsteller über den „Kredit“, Knies, mit seiner Begriffsbestimmung der weiteren Bedeutung von *creditum* stark zuneigt, während Jhering¹⁾ an den zweiten Sinn des Wortes anknüpft. Jener findet einen Kreditvorgang in jeder entgeltlichen Güterübertragung, wobei die Leistung des Einen (*creditor*) in die Gegenwart, die Gegenleistung des Andern (*debitor*) in die Zukunft fällt (S. 7), eine Begriffsbestimmung, die er materiell schon aus den einschlägigen Stellen des *Corpus Juris* herauslesen zu können glaubt. In der Übergabe des anvertrauten Gutes sieht Knies die Entstehung, in dem dem

¹⁾ a. a. O. S. 161.



Schuldner eingeräumten zeitweiligen Gebrauch des Gutes die wirtschaftliche Bedeutung des Kredites, in dem Äquivalent für diese Nutzung den Rechtfertigungsgrund für den Zins. (S. 25.) Danach können „Unterschiede in dem Eigenartigen der Güter, welche vom Gläubiger dem Schuldner zum Gebrauch übergeben werden, das Merkmal des Kreditgeschäfts nicht aufheben“. Die Übertragung der anvertrauten Güter zum Eigentum gehöre also keineswegs zum Wesen des Kredits, sei vielmehr nur Folge der wirtschaftlichen Eigentümlichkeit einer Gattung der Güter (21). Danach müssen Leihe, Miete, Depositum, Faustpfand konsequent unter den Kreditbegriff fallen. Mit dieser Auffassung steht Knies übrigens keineswegs allein — auch Roscher¹⁾ und Wagner²⁾ rechnen jene Geschäfte trotz mangelnden Eigentumsüberganges unter den Kreditbegriff.

Anders Jhering — er betrachtet für den Kredit den Eigentumsübergang als wesentlich, ja noch enger lässt er als Gegenstand des modernen Kredits nur Geld zu. Allerdings sei neben dem Darlehen, dem Normalfall, auch beim s. g. Kreditkauf ein wichtiger Fall wahren Kredits vorhanden; aber auch hier kreditiere nicht der Verkäufer die Waren — „das hiesse, er wolle sie selber zurückhaben“ — sondern den Kaufpreis (S. 161).

„Der juristische Vorgang beim Kreditieren des Kaufpreises wäre demnach so zu denken, dass der Verkäufer in seiner Eigenschaft als Darlehnsgeber an sich in der ersten Eigenschaft den Kaufpreis entrichtet; letzterer ist damit bezahlt.“³⁾

Wir glauben uns in dieser Frage auf Jhering's Seite stellen zu müssen. Dafür spricht nicht nur der Sprachgebrauch — wer spräche vom „Kreditieren“ des dem Freunde geliehenen Buches? — sondern vor allem die ganze rechtliche Gestaltung der Sache. Wer jemandem nur die Nutzung eines Gutes überträgt, dessen rechtliche Stellung zu demselben wird dadurch in keiner Weise geändert — „dieses credere ist juristisch für ihn

¹⁾ Bd. I. § 94 N. 3.

²⁾ Schönberg's Handbuch. Aufl. II, S. 399 („notwendige Kreditgeschäfte“).

³⁾ S. 102.

nicht mit der mindesten Gefahr verbunden.“¹⁾ Mag man auch Knies Recht geben, wenn er das Moment des „Vertrauens“ aus dem Begriff des Kredits eliminieren will — darin wird doch der unbefangene Beurteiler niemals ein „Kreditieren“ finden, wenn der Gläubiger dem Schuldner überhaupt kein gegen dritte wirksames Recht übertragen hat. Es heisst u. E. den entscheidenden Punkt verrücken, wenn man in der Nutzübertragung das charakteristische Moment des Kredits sucht, statt in der Hingabe des Rechts. Die Nutzung der Sache durch den Schuldner mag dabei den Zweck dieser Übertragung bilden — aber nicht dieser Zweck, sondern schon das wegen der mit der Benützung der Sache unvermeidlichen Zerstörung derselben erforderliche Mittel constituiert den Kredit. Speciell die Jhering'sche Konstruktion des Kreditkaufes, der übrigens auch Knies (S. 16) nahe kommt, wird durch unsere l. 3 § 3 D. cit. („cooperit esse pecunia mutua“) bestätigt. Auch hat Jhering zweifellos Recht mit seiner Annahme, dass im ältesten römischen Recht ein solches Kreditieren des Kaufpreises durch besonderes Schuldversprechen (*stipulatio, nexum*) habe gethätigt werden müssen. Nur darin scheint er uns nicht ganz richtig zu operieren, dass er den Kredit gerade auf Geld beschränkt — gewiss ist dies der wichtigste Gegenstand des *credutum*, aber warum sollen nicht auch Quantitäten andrer fungibler Sachen ausreichen? Der römischen Auffassung des *credutum* i. e. S., wie sie sich in l. 31 D. cit. ausspricht, ist eine solche Annahme nur adäquat.

Danach würden *commodatum, locatio, depositum, pignus* nicht unter den Kreditbegriff fallen. Zweifelhaft kann aber auf den ersten Blick erscheinen, ob der Fiduciarvertrag des alten Rechts, der einen Verpfändungszweck in der Form der Übereignung verfolgte, den Kreditgeschäften zuzurechnen sei. Fassen wir „*credutum*“ in jenem weiteren Sinne der l. 1 cit., so werden wir diese Frage zweifellos bejahen müssen,²⁾ da ein

¹⁾ S. 159 das.

²⁾ cf. Arnold Kultur und Recht der Römer S. 317; meine „Fiducia im römischen Privatrecht“ S. 177.

Wenn Arnold übrigens behauptet, die römischen Juristen liessen wie über die wirtschaftlichen Begriffe überhaupt, so auch über den des Kredites

adscientiari alicui rei mit der Absicht des demnächstigen recipere auch hier vorliegt. In diesem Sinne ist also in einer durch fiducia oder pignus versicherten Forderung ein doppelseitiges Kreditieren enthalten — der Gläubiger kreditiert seine Forderung, der Schuldner das Pfandobjekt. Anders, wenn man das credere in dem angenommenen engeren Sinne fasst. Zwar scheint die fiducia ein entscheidendes Moment, nämlich den Eigentumsübergang, mit den Kreditgeschäften im engeren Sinn gemein zu haben — allein es fehlt das weitere Erfordernis der Fungibilität des Gegenstandes. Nicht tantundem eiusdem generis, sondern idem corpus soll restituiert werden, und es kommt daher hier, wie Arnold treffend hervorhebt, allein auf den guten Willen, nicht auf die Solvenz des Empfängers an; es fehlt die objektive Seite des Kredits. Das fidem alicuius sequi ist, wie auch Knies hervorhebt, etwas Anderes (S. 47) als das credere — bei letzterem traut man der finanziellen Potenz, bei ersterem der persönlichen Rechtlichkeit des Empfängers, die er verletzt, wenn er nicht so handelt, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. Es würde übrigens u. E. für das unbefangene Urteil etwas Anstössiges enthalten, wenn man im Gläubiger, dem Kreditgeber, bloß wegen des Empfanges einer Realsicherheit zugleich auch einen Kreditnehmer erblicken wollte. Das bezieht sich nicht minder auf den Fall des gewöhnlichen Faustpfandes, in dem die gegnerische Theorie konsequent ebensowohl einen Fall des Kreditgewährens erblicken muss wie im depositum — ein neues Moment gegen dieselbe!

Schon den Römern war eine Verstärkung des rein persönlichen Kredites durch Bestellung einer realen Sicherheit von der ältesten Zeit her wohlbekannt, ja dieser Realkredit ist in seinen zwei Formen, der des Bürgen und des Pfandes, im römischen Recht bekanntlich in der denkbar stärksten Weise ausgebildet. Eine nähere Schilderung gehört nicht hier-

jedwede Klarheit vermissen (S. 328, 332 ff.) so ergibt sich die Einseitigkeit, ja Ungerechtigkeit dieser Behauptung aus unserer ganzen Arbeit, cf. auch Goldschmidt Gesch. des H.-R. S. 84, der freilich vorwiegend nur an die Lichtseiten denkt und die Mängel des römischen Produktions- und Einkommensprinzips nicht erwähnt.



her. Hier muss nur gegen Dankwardt's Behauptung entschieden Protest eingelegt werden, dass ein realiter gesicherter Kredit garnicht als wahrer Kredit angesehen werden könne. Wer einen Wert nur gegen reale Sicherheit dahingebe, meint unser Gegner, der wolle garnicht kreditieren, er wolle den Wert nicht anvertrauen. Das ist falsch. Dankwardt verwechselt den Kredit mit jenem potenzierten, rein auf die persönliche Ehrenhaftigkeit bezw. die Furcht vor Strafe (Infamie nach R. R.) fundierten Vertrauensverhältnis das in *fiduciam dare*, *fidem alicuius sequi*. Der wahre Kredit hat dagegen stets ein reales Moment, sei es nun, wie im alten römischen Schuldrecht, das *ipsum corpus debitoris*, sei es, wie nach modernen Rechtsanschauungen, das schuldnerische Vermögen. Ein blos persönliches Vertrauen ist dem Kredit, wie Knies in seinem grossen Werk schlagend dargethan hat, fremd. Durch Bürgen und Pfandbestellung wird diese reale Sicherheit verstärkt — aber wie sie dadurch nicht erst entsteht, so brauchen jene Mittel nicht notwendig zu einer ausreichenden Sicherung zu genügen. Sollte aber derjenige, welcher gegen ein minderwertiges Pfand borgt, nicht als Kreditgeber erscheinen? Auch Dankwardt wird das schwerlich behaupten wollen! Mit Recht nennen daher die Römer auch die pfandrechlich gesicherten Gläubiger *creditores*, sogar bei der *fiducia*, § 4 Paulus Sent. rec. V, 26; § 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 das. II, 1;¹⁾, die daher auch nicht, wie das oft geschehen, als eine Art von „Kauf auf Rückkauf“ bezeichnet werden darf.

Ausser den allgemeinen beiden Sicherungsmitteln des Kredites finden wir im Corpus Juris noch eine Reihe specieller Rechtsbestimmungen, die mehr oder weniger dem Interesse des Kreditverkehrs ihre Ausbildung verdanken und auch schon von den Römern in dieser ihrer Bedeutung anerkannt sind. Wir erwähnen hier:

1) Die zahlreichen gesetzlichen Pfandrechte, unter denen das des Verpächters und Vermieters bekanntlich die ältesten waren.

2) Die verschiedenen *privilegia exigendi* gewisser Gläubiger

¹⁾ meine *Fiducia*, S. 182.

im Konkurs.¹⁾ So genossen die Deponenten ein Vorzugsrecht im Konkurse des argentarius, was Papinian mit volkswirtschaftlichen Gründen befürwortet, l. 7 § 2. 3; l. 8 D. XVI, 3 — *propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est*. Ähnlich argumentiert Ulpian in l. 24 § 2 D. XLII, 5, der von „*fidem publicam sequi*“ spricht. Haben aber die Depositare für ihre Einlagen Zinsen empfangen, so soll ihr Vorrecht cessieren — „*et merito*“. Ein andres, offensichtlich der gleichen ratio entstammendes Privileg giebt Marc Aurel dem creditor, qui ad restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita erit (l. 24 § 1 das.). Ganz nahe damit verwandt ist ferner die Bestimmung der l. 26 eod.: qui in navem exstruendam vel instruendam credidit vel etiam emendam, privilegium habet.

3) Dem Schutz des Kreditverkehrs dient auch das „*beneficium separationis*“ des prätorischen Rechts, vermöge dessen die Erbschaftsgläubiger bei Insolvenz des Erben oder sonst aus erheblichen Gründen eine Aussonderung der Erbmasse vom eigenen Vermögen des heres zwecks ausschliesslicher Befriedigung verlangen können²⁾. Denn dies ist, wie Ulpian in l. 1 § 1 D. XLII, 6 hervorhebt, „*aequissimum*.“ Die gleichen wirtschaftspolitischen Gründe, welche dies *remedium* hervorriefen, sprachen aber *a contrario* gegen eine Ausdehnung desselben auf die Gläubiger des Erben, nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem (l. 1 § 2 eod.) — „*sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt*.“ Nur wenn die Gläubiger auf irgend eine Weise, *eligentis tamen animo*, den Erben als persönlichen Schuldner anerkannt haben, soll das *beneficium* seine Geltung verlieren.

4) Die Kompensation verdankt dem Kreditverkehr der Argentarien ihre erste Ausbildung; klagt ein argentarius gegen einen Geschäftsfreund, so muss er bei Strafe des Prozessverlustes wegen *pluspetitio* seinen Anspruch auf den nach Abzug

¹⁾ über die ratio derselben Dernburg Pr. Pr. R. II § 123.

²⁾ cf. Oertmann in Grünhuts Zeitschr. XVII. S. 262, 268.

der Gegenforderungen übrig bleibenden Saldo beschränken, cum compensatione agere.¹⁾

5) Dem Kreditverkehr wird auch zweifellos die actio recepticia gedient haben, eine auf einer abstrakten, sollemnibus verbis composita obligatio beruhende Klage, die nach der Ansicht der Neueren bei den Römern etwa die Funktion unserer Wechselklage gehabt hat.²⁾ Justinian hat dieselbe als angeblich inusitato recedens vestigio aufgehoben (l. 2 pr. C. IV, 18), was ihm manch herben Tadel moderner Juristen eingetragen hat (Lenel, Jhering). —

Eine sehr eigentümliche Seite des römischen Kreditrechts bildet umgekehrt jenes ganze System von Begünstigungen, welches die Kaiserzeit zur einseitigen Bevorzugung des Schuldners erfand. Wir entnehmen dieselben grossenteils dem von Jhering³⁾ aufgestellten Sündenregister.

1) Das beneficium inventarii, eine Schöpfung Justinians, die dem Erben gestattete, die unbeschränkte Haftung für die Erbschaftsschulden durch rechtzeitige Legung eines Inventars auf die Höhe des Nachlasses zu beschränken. Es ist dies u. E. im Princip ein höchst beifallswürdiges Institut, welches den ihm von Jhering wenigstens implicite gemachten Vorwurf als solches gewiss nicht verdient, so mangelhaft seine Durchbildung bei Justinian auch sein mag.

2) Das Moratorium, ein von Justinian mit gewohntem Pomp in die Welt gesetztes Institut höchst fragwürdigen Werts. Danach soll es die Majorität der Gläubiger (nach dem Betrage ihrer Forderungen berechnet) in der Hand haben, den Schuldnern zur Zahlung „quinquennale spatium indulgere“ (l. 8 C. VII, 71). In dieser Stelle ist charakteristisch die Begründung des Kaisers — sobald über irgend einen Punkt eine dem Schuldner mildere Ansicht einer anderen gegenübersteht, minime esse ambiguum, quod sentimus et quod humaniorem sententiam pro duriore eligimus (§ 1 das.). Beschränktere Bestimmungen dieser Art finden sich übrigens schon in älterer Zeit. So gewährte der Prätor

¹⁾ cf. die Darstellungen in den Werken Dernburg's und Eisele's über Kompensation.

²⁾ cf. Jhering, Geist IV, 218—220; Dernburg, Pand. II, S. 205.

³⁾ Kampf ums Recht S. 82 ff.

nach l. 17 § 9 — l. 8 D. II, 14 im Fall der Überschuldung eines Nachlasses dem Erben durch Dekret einen partiellen Erlass, vorausgesetzt, dass die pro modo debiti grössere Hälfte der Gläubiger entschieden hatte, *quota parte debiti contenti sint*. Bei völliger Gleichheit der Stimmen pro modo wie pro numero soll der Prätor „*humaniorem sententiam*“ befolgen. Bürgen werden dadurch nicht befreit, l. 58 § 1 D. XVII, 1, sofern nicht der betreffende Gläubiger selbst dem Erlass beigestimmt hat. Auch hier liegt die ratio auf wirtschaftlichem Gebiet — der Erbe soll nicht mit Schulden überlastet werden, die nicht von ihm herrühren, und auch die Gläubiger selbst haben Vorteil von der Massnahme, da andernfalls sich voraussichtlich überhaupt kein Erbe für den überschuldeten Nachlass finden würde.¹⁾

3) Das Verbot der *lex commissoria* beim Pfandrecht von Kaiser Constantin, l. 3 C. VIII, 34. Hiernach ward dem Gläubiger verboten, sich für den Fall einer Nichtzahlung der Schuld das Eigentum der verpfändeten Sache auszubedingen. Als ratio wird angegeben

„*quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas.*“

Auch diese, einem Übergewicht des Kapitalismus entgegen-tretende, Massnahme ist u. E. nur des Beifalls würdig; sie ist daher von fast allen neueren Gesetzgebungen aufgenommen.

4) Dem Pfandgläubiger ward, nachdem er dem Schuldner den bevorstehenden Pfandverkauf denuntiiert hatte, noch eine Wartefrist von zwei Jahren auferlegt, l. 3 § 1 C. VIII, 33 von Justinian, gewiss eine im höchsten Masse verkehrsfeindliche Massregel, die nur im despotischen Geiste eines absoluten Herrschers ersonnen sein kann. Sie wird von Jhering's Verdikt mit vollstem Recht getroffen. (übereinstimmend Dernburg Pfandrecht II S. 140, 141, 143: „Hauptmotiv war schlaaffe Humanität gegen den Schuldner, die sich ja durchaus in der justiniani-schen Gesetzgebung geltend macht.“)

5) Das Verbot der *cessio in potentiorem*, l. 2 C. II, 13 von Honorius und Theodos (422 p. Chr.). Die ratio dieser wunder-samen Bestimmung ist

¹⁾ Beschränktere Moratorien finden sich auch bei früheren Kaisern — l. 2 und 4 C. I, 19 von 325 bezw. 382 p. Chr.

„aperta enim credentium videtur esse voracitas (!), qui alios actionum suarum redimunt exactores.“

Dass eine Bestimmung wie diese bei einem Volke, dem der Ehrenplatz in der Entwicklung des Rechts gebührt, überhaupt möglich sein konnte, kennzeichnet den Geist der späteren Kaiserzeit so drastisch, dass eine längere Kritik nur abschwächend wirken würde.

6) Die *lex Anastasiana* verbot den Cessionaren, vom Schuldner mehr als die gegebene Cessionsvaluta einzutreiben, l. 22, 23 C. IV. 35, gleichfalls u. E. eine willkürliche, verfehlte Massnahme. Justinian hat dieselbe in l. 23 cit. noch erweitert, indem er ihr auch die Fälle unterstellte, wo durch nominelle Schenkung eines Teils des Nominalbetrages die Bestimmungen jenes Gesetzes umgangen wurden. Die Verordnung des Anastas bezeichnet er dabei in seinem schwülstigen Stil als *iustissima constitutio tam humanitatis quam benevolentiae plena*, als *pia dispositio etc.*, *quam homines astute lacerandam esse existimaverunt!* Hiergegen soll sein Gesetz ein *iustum remedium* sein. — Etwas milder lautet das Urteil von Knies über beide letztgenannten Bestimmungen¹⁾; er leitet sie davon ab, dass sich in Rom der Kreditverkehr zwischen einander persönlich bekannten Personen zu vollziehen pflegte. Eine Rechtfertigung wird diese sachlich ja zutreffende Erklärung in keiner Weise begründen können.

7) Das *beneficium dationis in solutum* von Justinian, welches die Gläubiger nötigte, den Grundbesitz ihres zahlungsunfähigen Schuldners zum Taxwert zu übernehmen, Nov. IV cap. 3, eine zwar gutgemeinte, aber willkürliche und wirkungslose Verordnung, von der ihr Urheber naiv sagt:

„licet quibusdam creditoribus non forte sit gratum, a nobis tamen propter clementiam sancitur.“

¹⁾ Kredit S. 178, 236.

Wenn Hartmann (Archiv, Bd. 73, S. 354 ff.) es unternimmt, das berechnete Moment in den Bestimmungen der l. Anast., der *remissio mercedis* und *laesio enormis* darzuthun und verlangt, man solle nicht nur den beim Darlehen, sondern auch den sonst zu Tage tretenden Wucher für strafbar erklären, so sind wir ganz seiner Meinung, halten nur nicht die bez. römischen Bestimmungen in ihrer Willkürlichkeit für empfehlenswert.

8) Auch die Beschränkung der Interesseforderung des Beschädigten gegen den Beschädiger auf das duplum des Sachwerts, l. un. C. VII, 47 (*sancimus in omnibus qui certam habent quantitatem vel naturam . . . hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere . . .*), ist eine ganz willkürliche Bestimmung, über deren Sinn und Umfang bei ihrer unpräcisen Rede-weise stets Meinungsverschiedenheiten gewaltet haben.

9) Nicht minder muss die bekannte Herabsetzung des erlaubten Zinsmaximums von 12 auf 6% hier angeführt werden, l. 26 § 1 C. IV, 32; sowie die in den — zum Glück nicht glossierten und daher nicht praktischen — Novellen 121 cap. 2 und 139 enthaltene famose Bestimmung, dass in das *alterum tantum* des Kapitals, über das die Zinsen nach römischem Recht nicht hinauslaufen konnten, auch die gezahlten Zinsen einzurechnen seien. Ähnliche Zwecke verfolgten l. 28 C. IV, 32; l. 3 pr. C. VII, 54, wonach Zinsen selbst durch Novation in eine selbständige, ihrerseits verzinsliche Forderung nicht sollten umgewandelt werden können. Verwandte Bestimmungen gegen die Erpressungen der Ärzte, Advokaten etc. zählt Jhering Zweck i. R. I, S. 137 N. auf.

10) Endlich mag die bekannte Nov. 99 erwähnt werden, welche dem Gläubiger gebot, jeden einzelnen seiner Correal-schuldner pro rata zu belangen (*beneficium divisionis*) und dadurch mit täppischer Hand den vornehmsten Zweck des Rechtsinstitutes der Correalität verletzte.

§ 13.

Einfluss von Raum und Zeit auf den Güterwert.

Der letzte, wichtige Paragraph des Abschnittes vom Güter-umlauf handelt von der Bedeutung der räumlichen und zeitlichen Unterschiede auf den Wert der Güter. Seine Wichtigkeit liegt darin, dass nur bei Anerkennung einer solchen Verschiedenheit dem Güterumlauf und der ihn vermittelnden Thätigkeit, dem Handel, eine produktive volkswirtschaftliche

Kraft beigemessen werden kann. Uns mag diese Bedeutung als klar und selbstverständlich erscheinen — wir brauchen aber um kaum mehr als ein Säkulum in der Geschichte der Wirtschaftslehre zurückzugreifen, um zu erkennen, dass einstens — bis zu A. Smith — den Völkern diese Einsicht noch nicht aufgegangen war. Um so interessanter müssen die bezüglichen Äusserungen der römischen Juristen erscheinen. Bei ihnen dürfen wir ihrem ganzen Ideenkreise nach zwar keine volkswirtschaftlichen Betrachtungen principieller Natur über unser Thema erwarten; auch sie erfassten den Handel in seiner Bedeutung nicht mit principieller Klarheit — aber, wie so oft, werden uns vielleicht ihre Einzelentscheidungen das Material liefern, um die sie beherrschenden Anschauungen zu erkennen.

Was zunächst die Frage nach dem Einfluss der Örtlichkeit auf den Wert betrifft, so verdankt der Erkenntnis eines solchen eine besondere Klage des römischen Rechts ihre Entstehung, die *actio de eo quod certo loco*. Belehrend ist der Bericht, den uns Justinian in § 33 J. IV, 6 hierüber giebt:

„*loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit: verbi gratia si is, qui ita stipulatus fuerit: „Ephesi dari spondes?“ Romae pure intendat dari sibi oportere. ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solverit, adimit ei pura intentione.*“

Daher sei unsere *actio* eingeführt, indem der Kurs des betreffenden Gegenstandes zu Ephesus dem Klaganspruch und der Verurteilung zu Grunde gelegt werde —

„*in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret. quae utilitas plerumque in mercibus maxime invenitur, veluti vino, oleo, frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia.*“

Von dieser *actio* handelt der ganze Titel Dig. XIII, 4, cf. insbesondere l. 2 § 2 das.: *loci utilitas*; l. 4 das. (Gaius: ideo in arbitrium iudicis refertur haec *actio*, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque,

maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficiliter et gravibus usuris.) Ferner ist hier anzuführen l. 4 § 6 D. XVIII, 2 (opportunior locus pretio solvendo); l. 3 § 3 D. XIX, 1 (condemnari eum oportet, quo loco plura vinum fuit, vel quo venit vel ubi agatur); endlich die interessante l. 63 § 2 D. XXXV, 2 von Paulus:

„nonnullam tamen pretio varietatem loca temporaque adferunt: nec enim tantidem Romae et in Hispania oleum aestimabitur nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus, dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea quae raro accidat caritate pretia constituentur.“

In diesen Stellen spricht sich eine volkswirtschaftliche Einsicht aus, wie wir sie freilich bei den grossen römischen Juristen kaum anders erwartet haben, deren Tragweite man erst dann gebührend zu würdigen lernt, wenn man sie mit den kanonistischen und physiokratischen Irrtümern vergleicht; — fand die Lehre der Kanonisten es doch bekanntlich sündhaft, wenn ein Einzelner von der Zeit, als einem Gemeingut aller, Vorteil ziehen wollte, Roscher, Geschichte der N.-Ö. in Deutschland, S. 7.

Die l. 63 cit. bezieht sich zugleich auf die Verschiedenheit der Güterpreise in der Zeit. Ein Gut, das ich heute zur Verfügung habe, ist mehr wert, als ein andres von gleicher Art und Güte, das mir aber erst über's Jahr zukommen wird¹⁾. Dass auch diese Wahrheit den Römern wohl bekannt war, ergibt ausser l. 63 noch l. 12 § 1 D. L, 16:

„minus solvit qui tardius solvit, nam et tempore minus solvitur.“

Ferner l. 4 pr. D. XIII, 4 (temporis utilitas); l. 4 § 6 D. XVIII, 2 (melior condicio adferri videatur, si pretio sit additum. sed et

¹⁾ Dass dieser Punkt hierher gehört, ergibt sich schon aus seiner nahen Verwandtschaft mit dem vorigen. Er ist kein Produktionsproblem, und wenn es wahr wäre, was v. Böhm-Bawerk in seinem „Kapital und Kapitalzins“ (I, 307, 495; II passim) ausführt, dass der Zins nur auf dieser zeitlichen Wertdifferenz beruhe, so würde das Kapital aus der Reihe der Produktionsfaktoren ausscheiden. Wir crachten das freilich für zu weit gehend.

si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilius pretii vel maturior, melior condicio adferri videtur.)

Wie auf der Bedeutung des Orts für die Wertschätzung die plus petitio loco, so beruht auf der der Zeit die plus petitio tempore des römischen Prozesses. cf. § 33 J. IV, 6:

„tempore (sc. plus petitur): veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit. Qua ratione enim qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui praemature petit, plus petere videtur“.

Darum muss auch der Schuldner, der mit seiner Leistung zögert (in moram kommt) Verzugszinsen zahlen — natürlich, weil das spätere Zahlen der nominell gleichen Summe einen verminderten Wert repräsentieren würde.¹⁾ Alle dem Gläubiger durch die spätere Leistung entzogene utilitas muss ersetzt werden, l. 21 § 3 D. XIX, 1:

„quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem veni, quae modo circa rem ipsam consistit.“

Der Verkäufer muss den gezahlten Kaufpreis bis zur Übergabe der Ware verzinsen, während umgekehrt der Käufer nach vorgängiger Übergabe der letzteren Zinsen zu entrichten hat, l. 13 § 20 D. XIX, 1 —

„veniunt in hoc iudicium usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emtor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere.“

Ebenso muss der Mieter nach Ablauf der Mietszeit die fälligen Mietsbeträge verzinsen. Der socius kann seine im Interesse der Gesellschaft gemachten Auslagen verzinst verlangen.

An diese Stelle gehört auch die Lehre vom Diskont. Weil die Römer den Wert der Zeit zu schätzen wussten, so erschien ihnen ein zu frühes Zahlen der geschuldeten Summen als commodum in repraesentatione. Umgekehrt ist ein dem Versprechen beigefügter dies, der die Verpflichtung in die Zukunft schiebt und daher ihren Gegenwartswert mindert, als lediglich im Interesse des Schuldners liegend aufzufassen. Er

¹⁾ cf. Dankwardt a. a. O. III S. 46.

kann daher auch früher zahlen und unter Umständen den Diskont abziehen.

Vom *commodum repraesentationis* handelt l. 10 § 12 D. XLII, 8; l. 1 § 10 D. XXXV, 2; l. 24 § 2 D. XXIV, 3 (*deducto commodo temporis*); l. 45 pr. D. XXXV, 2 (*medii temporis commodum*). Besonders hervorzuheben ist Ulpian's l. 66 pr. D. XXXV, 2:

„si decem sub condicione alicui fuerint relicta eaque condicio post decennium forte extiterit, non videntur decem huic legata, sed minus decem, quia intervallum temporis et interusurium huius spatii minorem facit quantitatem decem.“¹⁾

¹⁾ Weiteres Quellenmaterial hierüber bei Windscheid § 274 N. 2. und allgemein zu diesem Paragraphen bei Goldschmidt, Aufl. II. S. 582.

Kapitel IV. Die Verteilung der Güter.

§ 14.

Einkommen im Allgemeinen. — Das römische Occupationsprincip.

Für den Begriff „Einkommen“ fehlt den Römern ein selbständiger adäquater Ausdruck. Häufig findet sich das Wort „reditus“, welches aber nicht das gesamte Einkommen einer Person, sondern die aus einer bestimmten Sache bzw. einem Recht entstehenden Einkünfte bezeichnet. Bei den aus einem Gut zu erzielenden Einnahmen wird ganz richtig der Reinertrag (Nettoertrag), der nach Abzug der Produktions- und Verwaltungskosten noch übrig bleibt, von dem rohen (Brutto-) Ertrag, geschieden, welcher letzterer alles aus dem Gut überhaupt Gewonnene umfasst. Das Wort fructus, das die Erträge einer Sache in ihrer Eigenschaft als organische Erzeugnisse in Betracht zieht, hat beide Bedeutungen — im vulgären Sinne umfasst es alle Erzeugnisse, im eigentlichen, technischen nur die Reineinnahme, l. 4 D. VII, 7.

„et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intelligitur, ita et in operis servorum.“

Ebenso Ulpian in l. 7 D. XXIV, 3:

fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt. Gelegentlich der Frage nach dem Gegenstande der der Frau zurückzugebenden dos wird das von Ulpian weitläufig ausgeführt. Ferner sagt Paulus in l. 30 D. XVII, 2:

„neque enim lucrum intelligitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto“,

und in l. 15 D. XXV, 1 von Neratius heisst es:

„sed ipsae res ita praestare intelleguntur, ut non tam

impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris.“

Demgemäss werden auch umgekehrt bei den auf eine Sache gemachten Verwendungen die, wenn der Ausdruck gestattet ist, reinen von den gesamten Auslagen geschieden und als wahre „*impensae*“ nur die ersteren angesehen, die nicht durch die gleichzeitig aus dem Gute gewonnenen Einkünfte kompensiert werden. Hieraus erklärt sich, dass der gutgläubige Besitzer einer Sache, der die notwendigen und nützlichen Aufwendungen ersetzt verlangen darf, die gezogenen *fructus* in Anrechnung bringen muss, ein vom Standpunkt der Wirtschaftslehre aus höchst anerkennenswerter Satz, l. 48 D. VI, 1.

Auch diese ausschliessliche Berücksichtigung des Reinertrages ist etwas in der modernen Wirtschaftslehre durchaus Geläufiges — hier kommt sie in der neueren Zeit mehr und mehr an Stelle der alten Sonderung von Roh- und Reineinkommen in Aufnahme.¹⁾

Das Einkommensprincip der Römer ist ein recht einfaches. Ihre subjektivistische Anschauung von der Güterproduktion liess sie die Begriffe Produktion und Einkommen ziemlich identifizieren. Das Einkommen des römischen Bürgers beruht nicht auf der Arbeit — eine wirtschaftliche Bedeutung der Arbeit wird in krasser Weise negiert — sondern im Wegnehmen, im *rapere* und *occupare*. Alles, an dem nicht ein anderer *civis Romanus* bereits ein Recht erworben hatte, wird als gute Prise fortgeschleppt, § 17, 18 J. II, 1:

„*item ea, quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut et liberi homines in servitutum nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.*

Item lapilli gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, iure naturali statim inventoris fiunt.“

cf. auch das Lob der Kriegsarbeit bei Cicero pro Murena c. X § 22.

¹⁾ cf. Roscher I, § 147.

Eine solche stark nach Faustrecht schmeckende Theorie könnte auf den ersten Blick gerade bei dem „klassischen Volk der Rechtsbildung“ Befremden erregen — aber für den tiefer dringenden Blick löst sich der Widerspruch: jenes Raubprincip galt nur nach aussen hin, gegenüber feindlichen und herrenlosen Sachen. Stellt man sich einmal auf den exclusiv-nationalen Gesichtspunkt, so ist das Princip sowohl volkswirtschaftlich annehmbar, indem es sich nur auf solche Sachen bezieht, die dem Volksvermögen durch die Erbeutung neu hinzuwachsen, als auch mit den feinsten Rechtsanschauungen vereinbar. Ja, dem occupare nach aussen entsprach als Korrelat die Sicherung des einmal Errafften durch Rechtsgebot dem Mitbürger gegenüber. Mit Recht sagt Kuno Fischer (Fr. Bacon u. seine Nachfolger, Aufl. 2, S. 285.):

„Um ihren Kriegen einen sichern Hintergrund zu geben, finden die Römer die bürgerlichen Gesetze, welche die inneren Rechtszustände befestigen und regeln.“

Der zweite Kardinalsatz der römischen Einkommenslehre ist der, dass alle organischen Erzeugnisse einer Sache dem Eigentümer ohne weiteres zufallen — *quod ex re mea fit, meum est.* cf. § 19 J. II, 1:

„item ea, quae ex animalibus dominio tuo subiectis nata sunt, eodem iure tibi acquiruntur.“ (Ebenso l. 6 D. XLI, 1.)

Und wie die Früchte wurden auch die Vorteile behandelt, welche in mehr accidenteller Weise einem Gute ihre Entstehung verdankten — so die *alluvio* und *avulsio* bei Grundstücken; der gesamte Erwerb eines Sklaven, ja alle ihm etwa zugewendeten Erbschaften und Legate — unterschiedslos fiel alles dem Vermögen des Eigentümers zu. Ja, er erwarb nicht minder sofort das, was ein seiner Hausgewalt unterworfenen Familienmitglied erhielt, ein Satz, der erst in der Zeit des Niederganges des römischen Rechts stark durchlöchert wurde. Selbst wenn der Herr oder Hausvater dem *servus* oder *filius familias* zum Betrieb eines Gewerbes ein s. g. *peculium* gab, blieb er rechtlich Eigentümer dieses wirtschaftlich verselbständigten Vermögens und erwarb für sich alle Einkünfte des Geschäftes, während er freilich neben dem Geschäftsleiter mit den *actiones de peculio, tributoria* oder *institoria* bis zum Betrage des gegebenen pecu-

lium (bei der letzten Klage schlechthin) haftete. Überhaupt war die Haftung des dominus für rechtswidrige Handlungen seiner Gewaltunterworfenen ein wesentliches Korrelat der Vorteile, die er durch sie erwarb. Dies Princip stellt Ulpian in l. 149 D. I, 17 auf — *ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet*. Besonders war eine Haftung für Delikte statuiert, die der Herr nur durch Hingabe des schuldigen Hauptes (*noxae datio*) von sich abwenden konnte. In dieser Äquivalenz liegt ein wesentliches Moment zum ökonomischen Verständnis des römischen Rechts. Bei uns freilich ist die Symmetrie gestört — während der Erwerb des *commodum*, das seine Leute erarbeitet haben, in unseren gewerblichen Unternehmungen dem Leiter geblieben ist — auch der freie Arbeiter erhält ja zwar Lohn, aber keinen Anteil am Produkt bzw. Gewinn — ist jene korrespondierende Haftung mit Aufhebung der Sklaverei geschwunden. Denn für eine schlechthinige Haftung des Unternehmers für die durch den Betrieb verursachten Schäden, abgesehen von seinem Verschulden, schien der romanistischen Wissenschaft jede Handhabe zu fehlen. Und doch hätte das geringste ökonomische Verständniss des römischen Rechtes genügt, um zu erkennen, dass eine solche Haftung für fremdes Verschulden nur eine konsequente Fortbildung der römischen Sätze enthielte. Zum Glück hat die moderne Gesetzgebung hier schon vieles Versäumte nachgeholt. —

Wie weit das römische Occupationsprincip ging, ersieht man klar aus der Behandlung des bei uns s. g. Wilddiebstahls. Das Axiom des römischen Rechts, dass an herrenlosen Sachen jedermann durch Occupation Eigentum erwerben könne, fand konsequent auch auf das Wild Anwendung. Dieses ernährt sich zwar auf dem Boden eines Grundstückes, ist aber kein organisches Erzeugnis desselben und kann schon deshalb, weil es noch in natürlicher Freiheit lebt, nicht Eigentum des Grundbesitzers sein. Aus diesen Gründen kann an ihm jeder, auch der Bösgläubige, durch Occupation (Jagd) Eigentum erwerben, ohne dass die Rechtswidrigkeit seines Eindringens auf fremdes Terrain ihn hinderte; nur mit einer persönlichen Klage, der *actio*

iniuriarum, kann der Eigentümer gegen die ihm dadurch zugefügte Unbill reagieren. Gaius sagt in l. 3 § 1 D. XLI, 1:

„nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur.“
(= § 12 J. II. 1).

Freilich scheint Julian in l. 26 D. XXII, 1 davon abzuweichen „venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.“

eine Stelle, die in erster Linie Wächter¹⁾ und Wendt²⁾ veranlasst hat, den Jagdgewinn im Sinne der Römer als eine Art Frucht zu bezeichnen.

Mit Recht hat sich die herrschende Lehre dagegen erklärt: denn jedenfalls ist die Jagdbeute nach der Gaiianischen Stelle nicht Frucht in dem Sinn, dass der Eigentümer mit der Separation, oder auch nur mit der, ohne seine Beteiligung vorgenommenen, Erbeutung seitens des Unberechtigten Eigentum erwürbe. Folglich kann „fructus“ hier nur in dem mehr ökonomischen Sinne von „Ertrag“ verstanden werden, wie er etwa bei Feststellung der Befugnisse des Niessbrauchers von Interesse ist. Anderenfalls enthielte die Stelle doch einen Cirkel — denn eine Beweisführung „der Jagdgewinn gehört nicht zu den Früchten des fundus, wenn nicht die Früchte des fundus allein aus dem Jagertrag bestehen“, würde einen Widerspruch zwischen Vorder- und Nachsatz enthalten. U. E. kann die Stelle nur freier verstanden werden: der Jagdgewinn kommt bei Berechnung des Ertrages eines Grundstücks dann in Anrechnung, wenn dieses seiner wirtschaftlichen Bestimmung nach regelmässig der Jagd dient. So auch Dernburg I § 204 N. 12; cf. l. 12 § 12 D. XXXIII, 7 — si ager et ex hoc reditum habet.

Dieser römischen Occupations-Theorie entsprach auch die rechtsphilosophische Ableitung des Eigentums — keinen andern Grund wussten die sonst so geistvollen römischen Juristen hierfür anzugeben, als einen ursprünglichen Besitz (Aneignungstheorie). So Paulus in l. 1 § 1 D. XLI, 2:

¹⁾ Abhandl. d. Leipziger Juristenfak. I., S. 333 ff.

²⁾ Jahrbücher Bd. 19 N. 373 ff.

„Dominium rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum flunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint.“

Auf die wirtschaftliche Bedeutung der Objekte kommt es dabei nicht an — daher bleibt z. B. dasselbe Eigentum an der area bestehen, wenn auch das Gebäude abgebrannt ist, obschon dadurch der wirtschaftliche Charakter der Sache vollständig geändert wird. Das Recht schützt im Eigentum eben nur die Willensherrschaft. Ebenso wenig kennt das römische Recht eine von wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgehende Sonderung der mit den Produktionsverschiedenheiten zusammenhängenden Einkommenszweige; das römische Einkommensprincip lässt sich auf Occupation und Fruchterwerb zurückführen. Welche Bedeutung daneben den modernen Einteilungen als Lohn, Rente und Zins zukommt, werden die folgenden Paragraphen darzuthun versuchen.

Dagegen ist an einem andern Punkt der Einkommenslehre ein wirtschaftlicher Einfluss nicht zu verkennen — es betrifft das die Unterscheidung des onerosen und lukrativen Erwerbes, die etwa mit der modernen Distinktion von ursprünglichem und abgeleitetem Einkommen zusammenfallen dürfte. Von diesem Unterscheidungsprincip werden auch folgenschwere Anwendungen gemacht. Hat jemand eine Forderung auf eine Sache unentgeltlich erworben, und bekommt nun dieselbe Sache anderweitig ex lucrativa causa, so soll sein erster Anspruch cessieren, l. 17 D. XLIV, 7:

„omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, quum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.“

Ferner l. 19 das.; l. 83 § 6 D. XLV, 1 u. a. Man hat diese Bestimmung früher auf alle mögliche Weise zu erklären gesucht; Fr. Mommsen aus einer Unmöglichkeit der Leistung, Windscheid aus dem vermutlichen Willen der Kontrahenten — erst den eindringenden Untersuchungen Hartmanns¹⁾ ist es gelungen, die wahre ratio des Rechtsatzes aufzudecken. Der Grund liegt auf wirtschaftlichem Gebiet, im Zweckmoment der Obligation. Nicht um ihrer selbst, sondern um ökonomischer Zwecke willen

¹⁾ Die Obligation S. 1 ff., wo auch die bez. Litteraturangaben.

sind die Forderungen da, und wenn jene Zwecke aufhören, ist auch für diese kein Platz mehr — sie haben ihre Schuldigkeit gethan und können gehen. Ist nun die geschuldete Sache dem betreffenden anderweitig auf lukrativem Wege zugekommen, so hat der Zweck seine Erfüllung gefunden.

§ 15.
Der Arbeitslohn.

Wie dem Altertum die wertbildende Kraft der Arbeit fremd geblieben ist, so fehlte ihm auch die theoretische und praktische Anerkennung des Arbeitslohns als Einkommensmomentes. Nur die Macht galt als anständige Erwerbsart¹⁾; das Arbeiten (abgesehen von der nicht als Arbeit aufgefassten Leitung der Grossunternehmung) im Princip als schimpflich — „man kannte nicht die Absonderung des Arbeiters von der Arbeit; Kunst und Wissenschaft traten erst spät in den Rechtskreis ein.“²⁾ Und wenn Not oder Neigung den freien Menschen trotz aller damit verbundenen Missachtung zum gewerblichen Arbeiten trieb, so schädigte die überall hervortretende Konkurrenz der zahllosen Sklaven seinen Erwerb auf Schritt und Tritt.³⁾ Gegenüber der billigeren Sklavenarbeit war eine Konkurrenz fast ausgeschlossen — jene mussten den freien Arbeiter fast überall unterbieten und damit verdrängen, zumal das Kapital ihres Herrn sichernd hinter ihnen stand, dessen er entbehrte. Neben dem Ertrage ihrer Ländereien flossen den Reichen aus der negotiatio ihrer Sklaven und Institoren ungezählte Reichtümer zu, und es zeigt sich hier die für unser Gefühl besonders anstössige Erscheinung, dass die gesamte Arbeit dem einen, der gesamte Ertrag dem andern zufällt — eine Analogie der *societas leonina*! Für den Herrn war der durch den Sklaven vermittelte Erwerb nichts Anderes als *fructus*, l. 3—4 D. VII, 7:

¹⁾ Jhering Geist II, S. 228—230.

²⁾ Jhering a. a. O. II 457 u.

³⁾ Jhering a. a. O. II 232; v. Scheel a. a. O. S. 337.

„In hominis usufructu operae sunt et ob operas mercedes.“ —
„Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt. Et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intelligitur, ita et in operis servorum.“

Überhaupt vertrat für die Römer der Arbeitsertrag des Sklaven ganz regelmässig die Stelle der fructus; stand der servus daher im Niessbrauch, so fiel alles „ex operis servi“ Entstandene dem Usufructuar zu (l. 5 § 4a D. VII, 6 u. a.). Der Arbeitslohn als Einkommen gehörte somit einfach unter die grosse Kategorie des Fruchterwerbs, wobei es freilich nicht der Arbeiter war, dem die Früchte in den Schoß fielen. Wenn daher Roscher¹⁾ sagt, im klassischen Altertum sei der Arbeitsfaktor bei der Güterproduktion überwiegend gewesen, so mag das richtig sein, wenn er dabei an die Sklavenarbeit denkt, durch die nicht nur der Ackerbau, sondern auch mittels der Peculiarwirtschaft ein umfangreicher Gewerbebetrieb gethätigt wurde — vom Standpunkt der römischen Bürger und der sie beherrschenden ökonomischen Anschauungen aus wird man ihm schwerlich Recht geben können.

Mit dieser Darstellung stimmen auch die einzelnen Äusserungen des Corpus Juris überein, so das lehrreiche Citat des Paulus über das Mandat in l. 1 § 4 D. XVII, 1: *mandatum nisi gratuitum esse non potest; nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces; interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.* Wenn auch in der nachklassischen Kaiserzeit auf dem Wege der *extraordinaria cognitio* ein bedungenes Honorar eingeklagt werden konnte, soll dasselbe nur für die Mühewaltung des Mandatars gegeben werden (*laborem remunerandi causa*); dagegen soll dem Anspruch die Klagbarkeit fehlen, wenn *eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit* (l. 7 D. XVII, 1). Allgemein herrscht die Anschauung, dass die Dienste der Freien „*operae locari non solitae*“ seien²⁾ und es erscheint eigentlich als eine Anomalie, wenn in Bezug auf das Lohngewerbe des *fullo* und *sarcinator* das Wort „*ars*“

¹⁾ Verhältnis d. Nationalökonomie zum klass. Altertum, S. 15.

²⁾ cf. Puchta, Institutionen § 275.

angewendet wird (l. 5 pr. D. IV, 9). An andern Stellen kommt die Verachtung gegen alle auf eigener Arbeit beruhenden Einkommenszweige zum krassesten Ausdruck; namentlich sind es die *nautae, caupones et stabularii*, die aufs reichlichste damit bedacht werden — tit. D. IV, 9, der von ihrer Haftung für Beschädigung der Reiseeffekten handelt. So sagt Ulpian in l. 3 § 1 D. IV, 9: „*miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles; nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum.*“

Ferner in l. 1 § 1 D. h. t:

„*nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, quum ne nunc quidem abstineant huius modi fraudibus.*“¹⁾

So auch Cicero de offic. I. 42 (*merces auctoramentum servitutis*); ferner heisst der Maklerlohn in l. 3 D. L, 14 „*sordidum.*“ (Zu vergleichen ist Jhering, Zweck im Recht Aufl. 2, Bd. I S. 106 ff.) Geistige Arbeit ward zwar in Rom nicht verachtet, ja, sie war die ehrenvollste Beschäftigung der vornehmen Römer (*Jurisprudenz*) — aber dafür ward sie ja auch nicht als eigentliche Arbeit angesehen und entbehrte der Belohnung, die nur der niederen, verachteten Handarbeit zufiel, cf. die bezeichnende l. 1 D. L, 13 von Ulpian:

§ 4: *an et philosophi professorum numero sint? et non putem, non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere.*

§ 5: *proinde ne iuris quidem civilis professoribus ius dicent: est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec deonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur.* (Dazu Jhering a. a. O. S. 113.)

Erst in späterer Zeit und im Gegensatz zu der altnationalen Rechtsbildung ist im römischen Recht eine Anerkennung der Be-

¹⁾ In dem ersten Teil dieser Stelle ist mit den Worten: „*quia necesse est*“ ein objektives Haftungsprinzip statuirt, das in analoger Anwendung auf moderne Verhältnisse eminente Bedeutung gewinnen müsste, s. oben S. 18.

deutung und der Ansprüche der redlichen Arbeit zum Durchbruch gelangt. Freilich wäre nichts falscher als die Annahme, es habe sich hier um einen bewussten und allseitig durchgeführten Bruch mit den bisherigen Eigentumsideen gehandelt. Aber die einzelnen Fälle, in denen sich die Anerkennung des Rechts der Arbeit fast instinktiv durchrang, sind um so interessanter und für unsere Zwecke von hervorragender Bedeutung.

1) Hierher gehört insbesondere der Satz, dass eine Societät anerkannt wird, bei der ein Socius statt sachlicher Objecte nur seine Thätigkeit dem Gesellschaftszweck widmet, l. 52 § 2, 7, l. 30 D. XVII, 21; § 2 J. III, 25. Freilich ist auch dieser Satz, wie § 2 berichtet, nicht ohne Widerspruch anerkannt worden:

De illo sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sensit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet.“

l. 52 § 2 cit.: „pretium enim operae artis est velamentum.“ In l. 1 C. IV, 37 von Diocletian ist dann gesetzlich bestimmt:

„societatem uno pecuniam conferente alio operam posse contrahi magis obtinuit.“ (cf. dazu die interessante Glosse, wonach bei einer solchen Societät das am Schluss vorhandene Vermögen zwischen beiden Teilen gleichmässig geteilt werden soll.)

Diese Citate, in denen in ziemlich klarer Weise der Arbeit ein Wert (pretium) zugesprochen wird, sind für unseren Zweck von dem erheblichsten Interesse, zumal sie uns zum Teil schon von den Ansichten republikanischer Juristen referieren.

2) Während ursprünglich eine Entschädigung wegen Verletzung freier Menschen nach dem Grundsatz „*liberum corpus nullam recipit aestimationem*“ unzulässig war, wurde in der Kaiserzeit, — Dernburg II § 132 meint: etwa seit Hadrian — die *actio legis Aquiliae* analog auf diese Fälle ausgedehnt, so Ulpian in l. 7 pr. D. IX, 2 (*quo minus ex operis filii sit habiturus*) und l. 13 pr. eod.; Gaius in l. 7 D. IX, 3 (*mercedes operarum, quibus caruit*) und l. 3 D. IX, 1.

3) Hierher darf man auch rechnen die beim Kauf zu Tage tretende Unterscheidung der natürlichen und der auf Arbeit beruhenden Erträgnisse eines Gutes. Da der Käufer schon vor Uebergabe der Sache die Gefahr trägt, soll ihm umgekehrt der Verkäufer die *ex re ipsa* entstandenen *commoda* herausgeben, während er die, „*ex negotiatione sua*“ erzielten Gewinnste behalten darf. cf. l. 21 D. XVIII, 4:

„*pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur.*“

Ebenmässig soll der Erbe¹⁾, dem die Hingabe der vermachten Sache an den Legatar obliegt, die *commoda* geniessen, si bene rem administraverit. Ferner ist l. 50 § 3 D. XV, 1 zu erwähnen —

„*magis propter rem meam, quam ex re mea pecunia mihi daretur.*“

4) Wichtiger für uns noch ist die bekannte Thatsache, dass der *bonae fidei* possessor einer fruchttragenden Sache mit dem Moment der Separation, d. h. wie der Eigentümer, an den Früchten Eigentum zugesprochen erhält. Man muss die unbeugsame Konsequenz der nationalen Rechtsbildung verstehen, man muss die noch im klassischen Recht nie angezweifelte Axiome „*ubi meam rem invenio, ibi eam vindico*“ und „*quod ex re mea fit, meum est*“ sich ins Gedächtnis rufen, um zu ermessen, dass der Fruchterwerb des b. f. possessor eine Anomalie enthält, zu der sich das ältere Recht nie verstanden haben würde. Dass man sie zuliess, bildet neben dem Rechtserwerb durch *Specification* u. E. eine Thatsache von geradezu weltgeschichtlicher Bedeutung; sie enthält das erste Anpochen moderner wirtschaft-

¹⁾ Diese Stellen entnehmen wir Jhering, Abhandlungen I S. 5 ff.

licher Grundanschauungen an das sonst dafür hermetisch verschlossene Thor der antiken Gedankenwelt.

Von Interesse ist zunächst Justinian's Referat über unsere Frage in den Institutionen, § 35 J. II, 1:

„si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae bonae fide acceperit, naturali ratione placuit fructus quos percepit, eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.“

Nur kurz mag hier der Schluss berührt werden, wonach der b. f. p. nur die verzehrten Früchte behalten soll, ein Satz, der auch so formuliert wird: *fructus consumptos interim suos facit*. Diese Beschränkung hat der Jurisprudenz von jeher schweres Kopfzerbrechen verursacht. Erst neuerdings hat Cryhlarz¹⁾, dem sich Dernburg²⁾ anschliesst, eine befriedigende Erklärung dafür gegeben. Wo jener Satz in den Pandekten vorkommt, ist er interpoliert, der klassischen Jurisprudenz ist die Verpflichtung fremd. Erst Diocletian hat sie eingeführt durch l. 22 C. III, 32 —

„certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos,“

vielleicht im Anschluss an eine damals schon aufgekommene Praxis. Justinian's Kompilatoren haben die *lex* aufgenommen und danach ihre *Citate* umgewandelt. Auf den Eigentumserwerb kann u. E. danach die Verpflichtung keinen Einfluss haben, sie enthält nur einen durch den Prozessbeginn entstandenen und *officio iudicis* durchzusetzenden obligatorischen Anspruch des Vindikanten, der ähnlich wie der auf Verzugszinsen wirkt und der selbständigen Klagbarkeit entbehrt. Danach entfällt auch Dankwardt's³⁾ Tadel gegenüber der klassischen Jurisprudenz wegen dieser Beschränkung — ist sie für Justinian's Stümpereien verantwortlich?

¹⁾ in Glück's Kommentar, Serie der Bücher 41 und 42.

²⁾ Pandekten I § 205 N. 13—14.

³⁾ a. a. O. S. 51.

Vom Institutionenbericht interessiert uns vor allem die mitgeteilte ratio „pro cultura et cura“. Freilich soll gerade dieser Passus nach der Ansicht Göpperts¹⁾ und Anderer nicht dem Gaius entnommen sein, sondern ein „ungeschicktes Einschiesel“ der Kompilatoren bilden; ja, diese müssen deswegen den Vorwurf des „doktrinären Missverständnisses“ auf sich nehmen, das darin bestanden haben soll, dass sie aus den Schriften der klassischen Jurisprudenz einen Eigentumserwerb des b. f. possessor und nicht, was Göppert für allein richtig hält, lediglich eine bonae fidei possessio an den fructus herausgelesen hätten. Auch wir glauben, dass hier ein „doktrinäres Missverständnis“ vorliegt, lassen aber dahingestellt, auf wessen Seite es zu suchen ist.²⁾ Mit Recht hat Dernburg,³⁾ auch hier den Vertreter der gesunden, die wirtschaftliche Seite der Frage zu Rate ziehenden Ansicht, dagegen Protest eingelegt. Der Gesetzgeber Justinian, so meint er, habe es nicht nötig gehabt, sich auf die naturalis ratio zu berufen — er würde, so dürfen wir wohl hinzufügen, zweifellos statt dessen die „clementia suorum temporum“ mit Aplomb in den Vordergrund geschoben haben. Die kurze und prägnante Angabe der ratio aber, der ganze Stil des Passus weist auf einen der klassischen Juristen als Verfasser hin.

Auch Puchta⁴⁾ hat die Worte „pro cultura et cura“ bitter befehdet — sie enthielten nichts als einen vagen, halben, nicht erschöpfenden Billigkeitsgrund. Aber sind nicht viel eher Puchta's Ausführungen „vage Billigkeitsgründe“, wenn er einfach sagt, eine andre Entscheidung hätte unmöglich als sachgemäss und richtig erscheinen können? Mit Recht polemisiert v. Scheurl⁵⁾ hiergegen. Wenn dieser sich freilich auf die Analogie des partus ancillae und den Sklavenerwerb beruft, l. 25

¹⁾ Organische Erzeugnisse S. 332.

²⁾ Dass ein so trefflicher Gelehrter wie Göppert die ratio des Rechtsatzes vom Früchterwerb des b. f. p. so verkennen kann (cf. S. 327—328), ist ein neuer Beweis dafür, dass unserer Wissenschaft noch immer das nötige wirtschaftliche Verständnis mangelt.

³⁾ a. a. O. § 12.

⁴⁾ Institutionen § 242 a. E.

⁵⁾ Beiträge I No. 11 S. 296.

§ 2 D. XXII, 1 (nam et servus alienus, quem bona fide emero tamdiu mihi ex re mea, vel ex operis suis adquiret, quamdiu a me evictus non fuerit), von dem angeblich die römische Jurisprudenz zur Begründung des Fruchterwerbs des b. f. p. ausgegangen sei, so ist u. E. wohl eher das Umgekehrte richtig — der Besitzer eines Sklaven eignet sich den durch ihn vermittelten Erwerb an, weil derselbe als fructus angesehen wird — semper fructus servi consistit in opera et mercede; cf. l. 11 D. X 3 und namentlich l. 40 D. XLI, 1 i. f.

Es fehlt indes noch der direkte Nachweis, dass die klassische Jurisprudenz gerade den von uns betonten Gesichtspunkt einer Anerkennung der Arbeit auch ihrerseits in den Vordergrund geschoben hat. Und diesen Nachweis glauben wir überzeugend führen und mit ihm zugleich darthun zu können, dass den römischen Juristen die Unterscheidung des auf dem Bodenwert selbst und des auf der Arbeitsleistung beruhenden Ertrages wohl bekannt gewesen ist.

a) auch hier kommt in erster Reihe Paulus in Betracht; l. 48 pr. D. XLI, 1:

„Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est.“

Eine Unterscheidung beider Arten von Erträgen ist hier scharf ausgebildet — aber auch die ratio lässt sich unschwer erkennen, indem von den auf Arbeit beruhenden Erzeugnissen als in erster Linie dem b. f. Besitzer zukommend ausgegangen wird.

b) Noch schärfer tritt das in dem Citat des Pomponius zu Tage, der sogar auf diese ratio seine abweichende Entscheidung basiert, l. 45 D. XXII, 1:

„Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur.“

Kann man deutlicher die ratio des Fruchterwerbs angeben als durch diese Argumentation? Ob man sich im Resultat für oder

gegen die Beschränkung des Pomponius zu entscheiden habe, kann uns für unseren Zweck gleichgiltig sein — es mag genügen zu konstatieren, dass die herrschende Meinung dieselbe verwirft, so Windscheid¹⁾ und Dernburg.²⁾ In der That kennen die andern Stellen jenen Unterschied nicht, wie z. B. l. 25 § 1 D. XXII, 1 (Julian):

„praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent?“

Wahrlich — wie könnte der b. f. p. mehr Rechte an den Früchten haben als der Usufructuar, wenn ihm nur bestimmte Kategorien der Früchte zufielen, was bei diesem bekanntlich nicht zutrifft? Man wird sich daher im Sinne der herrschenden Meinung entscheiden, ohne dass es mit Windscheid (N. 17) nötig wäre, eine Vereinigung der Stellen à tout prix zu versuchen. Sie erklären sich eben aus der historischen Entwicklung — Pomponius beschränkt den Satz noch auf die Fälle, bei denen das ursprüngliche Motiv Platz griff, während die Neueren, wie Paulus (l. 48 cit.) und schon African (l. 40 D. XLI, 1) darüber hinausgingen — so auch Dernburg a. a. O. N. 13. Auch aus Paulus' Worten (non tantum etc.) ergibt sich deutlich, dass der Satz hinsichtlich der fr. industriales am frühesten und allgemeinsten anerkannt war.

Diese allmähliche Erweiterung des Satzes würde ein neues Moment dafür abgeben, dass die Geburtsstunde desselben in der neueren Rechtsentwicklung zu suchen ist. Auch hier befinden wir uns in Übereinstimmung mit Dernburg,³⁾ der zum Beweise auf den „auffallenden Widerspruch“ zwischen l. 48 § 5 und 6 D. XLVII, 2 hinweist. Nach dem Vordersatz soll dort zum Erwerb des fetus pecudum furtivorum apud b. f. possessorem conceptus eine Usucapion vonnöten sein, während es im Nachsatz heisst:

„ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur.“

1) § 186.

2) a. a. O. N. 12.

3) a. a. O. N. 11; cf. Czyhlarz a. a. O.

Das erkläre sich dadurch, dass Ulpian an dieser, den Büchern ad Sabinum entnommenen, Stelle zuerst die Ansicht des Sabinus referiert habe, dem jener Fruchterwerb noch unbekannt gewesen sei. Dass Qu. Mucius dem b. f. possessor schon die fructus industriales zugebilligt habe, wie Janke, Fruchtrecht S. 48 will, geht aus l. 45 D. XXII, 1 nicht hervor.

Die neuere Entwicklung freilich schoss in gewissem Sinne über die ratio legis hinaus, wenn sie dem Besitzer alle Früchte zusprach. Der Grund mochte vielleicht sein, dass eine Sonderung beider Arten von Früchten sich praktisch nicht durchführen liess — sind doch bei fast allen Erzeugnissen Natur und Arbeit in mannigfacher Wechselwirkung thätig gewesen! Sprach man nun aber dem b. f. possessor alle Früchte zu, so konnte sich mit Fug der vindicierende Eigentümer beschwert fühlen. Ob es wohl ein Kompromiss zwischen den widerstreitenden Interessen beider bilden sollte, wenn Diocletian und Justinian zu dem — freilich mechanischen und äusserlichen — Auskunftsmittel griffen, dem Eigentümer die noch vorhandenen fructus ex post facto wieder zuzusprechen? Unmöglich wäre es nicht! Jedenfalls liegt nicht die mindeste Veranlassung vor, päpstlicher zu sein als der Papst und das Anrecht des gutgläubigen Besitzers auf die Früchte mit v. Savigny und Göppert auf eine blosser bonae fidei possessio, oder mit Köppen auf ein unkonstruierbares „interimistisches Eigentum“ herabzuschrauben! Auch Pernice (Labeo II. S. 166 ff.) verkennt u. E. die innere ratio unseres Satzes — nach ihm erklärt sich der Fruchterwerb des b. f. possessor aus procesualen Gründen. Aber diese galten zunächst auch beim malae f. p. (das. 164), und wenn man in späterer Zeit letzteren dennoch die Früchte herausgeben liess, den bonae f. p. nicht, so muss diese Unterscheidung doch innere Gründe gehabt haben. Andre, z. T. verzweifelte Erklärungsversuche sind bei Windscheid (Linde's Zeitschrift IV, 55 ff.) dargestellt. W. selbst glaubt auf eine Begründung verzichten zu müssen. (S. 83)

5) Ein anderer Punkt, wo das Arbeitsprincip über das Occupationsprincip Sieger ward, ist der Eigentumserwerb am Schatz (thesaurus) zu Gunsten des Finders. Auch diese Bestimmung verdankt erst dem Kaiserrecht ihre Entstehung, § 39 J. II, 1:

„thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit qui invenerit. idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit. et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium Caesaris esse statuit. cui conveniens est, ut, si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.“

Mit unserer Auffassung, dass der Schatzerwerb auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sei, stehen wir allerdings fast allein. Die herrschende Lehre nimmt mit Windscheid¹⁾ an, dass der Schatz einfach als herrenloses Gut angesehen werde, und für sie spricht unleugbar der Wortlaut der l. 31 § 1 D. XLI, 1:

„thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat.“

Dann hätte freilich unsere ganze Lehre nichts Eigentümliches — ist doch der auf Occupation beruhende Erwerb gerade etwas Spezifisch-Nationales der Römer!

Wir müssen diese Auffassung indes entschieden bekämpfen! Der erste, freilich am wenigsten entscheidende Grund gegen sie ist der Wortlaut der l. un. C. de thes. X, 15:

„thesaurus est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia;“

denn auch ignoti domini sind an sich noch domini.

Es kommt aber ein weiteres hinzu: es widerspricht dem starren römischen Eigentumsprincip schnurstracks, so ohne Sang und Klang ein früher bestandenes Eigentum als beendet anzusehen, sobald der Eigentümer nicht mehr bekannt ist — damit wäre für gewisse Fälle eine Art Rechtsverlust durch non usus statuiert, wie er schwerlich ohne zwingendste Gründe den Römern imputiert werden darf. Welche Zeitgrenze wollte man dafür auch festsetzen, wann ist die „depositio“ als „vetus“ anzusehen? Ein solcher Eigentumsverlust — und dass es sich beim „thesaurus“ nicht um von jeher herrenlose Sachen handelt, ist klar und folgt

¹⁾ Pandekten I § 184.

aus dem Wortlaut der Quellen — wäre nach römischen Grundsätzen unkonstruierbar.

Und wäre dies Bedenken wirklich gehoben, könnte der Finder das herrenlos gewordene Gut nunmehr ruhig occupieren — wie in aller Welt bedürften wir dann noch einer besonderen Bestimmung des Kaisers Hadrian? Dass sie herrenlose Sachen sich durch Occupation aneignen könnten, brauchte er seinen Römern wahrhaftig nicht erst einzuschärfen, das wussten sie allein! Bedurfte es einer besonderen Bestimmung, so wird sie auch etwas Neues enthalten haben!

Und man vergegenwärtige sich den Wortlaut des Institutionentextes! Als ratio der Bestimmung wird die *naturalis aequitas* ins Gefecht geführt — gewiss keine passende Bezeichnung, wenn es sich um eine Occupation gehandelt hätte. Als Gegensatz der „*aequitas*“ kann nur „*ratio iuris*“ gedacht werden — in dem Zusprechen des Schatzes an den Finder liegt ein Sieg der Billigkeit über das altnationale, strenge Rechtsprincip. Heisst es doch ferner, dass Hadrian dem inventor die Hälfte des thesaurus „*concessit*“, „*statuit*“: Ausdrücke, die mit grosser Bestimmtheit auf eine Neuerung deuten. Solche Worte gebrauchen die römischen Juristen auch sonst (cf. oben beim *ager desertus* S. 58), wenn sie von Specialbestimmungen reden, die durch Kaiserrecht *contra tenorem rationis* eingeführt und also juristisch nicht auf allgemeine Principien zurückzuführen sind. Weshalb vom Standpunkt der Occupationstheorie aus eine allerhöchste „*concessio*“? Was sollen die an andern Stellen zu findenden pomphaften Bezeichnungen des thesaurus als *donum fortunae* (l. 63 § 1 D. XLI, 1), als *Dei beneficium* (l. un. C. cit.), wenn es sich um eine simple Occupation handelt! Was soll in letzterem Fall die besondere Ausführung darüber, es sei „*lege permissum*“, Schätze zu suchen!

Und weiter — auch die herrschende Meinung, Windscheid mit ihr, nimmt an, dass zum Eigentumserwerb am thesaurus ein eigentlicher, physischer Aneignungsakt nicht erfordert wird, dass dazu vielmehr die Thatsache des Auffindens, das *invenire*, genügt (cf. die oben citierten Stellen, wo stets nur hiervon die Rede ist). Die Occupationstheorie kommt daher in die bedenkliche Lage, überhaupt keine *occupatio* als Grundlage des Eigen-

tumserwerbes zu erfordern. Und was soll die ratio dieses singulären Erwerbsmodus sein? Wenn man mit Bruns¹⁾ darauf antwortet, der Begriff der Occupation sei für den Finder allmählich in den der Entdeckung übergegangen, so ist das ein Cirkelschluss, der die Frage, warum diese angebliche Umgestaltung eingetreten sei, in keiner Weise erklärt. U. E. kann nur eine Antwort befriedigen, die wir auch bei Dernburg²⁾ angedeutet finden — der Finder bekommt seine Hälfte, weil er den Schatz der menschlichen Gesellschaft wieder gegeben. Denn bislang war der thesaurus, cuius memoria non exstat, dem menschlichen Wissen und dem menschlichen Genuss entzogen; der Finder schafft ihn gewissermassen für die Menschheit neu — seine Thätigkeit ist produktiv. Diese wirtschaftliche ratio genügt freilich nicht, um ihn ohne weiteres als Eigentümer anzuerkennen; Eigentum hat noch entweder der ignotus deponens oder, wenn man will, der Grundeigentümer nach dem Gesichtspunkt der Accession; um dem Finder das Recht — ob ganz oder halb, macht keinen Unterschied — zuzusprechen, bedarf es einer Specialbestimmung, einer concessio.

Ähnliche Gesichtspunkte scheint auch die Codexstelle zu enthalten. Sie begründet die Teilung des Eigentums zwischen Finder und Grundeigentümer wie folgt: *ita enim eveniet, ut unusquisque suis fruatur et non inhiet alienis*, dh. doch, der Standpunkt der wirtschaftlichen Gerechtigkeit wird als massgebend hingestellt.

Die Frage, ob vor dem Finder der *pristinus dominus ignotus* oder der *dominus fundi* als Herr des Schatzes anzusehen sei, kann dabei dahingestellt bleiben. Wir glauben uns im allgemeinen eher für das erste entscheiden zu müssen — der Grundeigentümer erwirbt daher mit dem Moment des Findens seine Schatzhälfte neu, und zwar aus dem Gesichtspunkt, weil doch auf ihn als Eigentümer des den thesaurus bergenden Terrains auch ein gewisses wirtschaftliches Verdienst fällt. Im älteren Recht scheint man dagegen den Gesichtspunkt der Accession schärfer betont zu haben. Die republikanischen Juristen Brutus und Manilius lassen nach dem Referat des Paulus in

¹⁾ bei Holtzendorff Aufl. 3. Bd. I § 134.

²⁾ a. a. O. § 206.

l. 3 § 3 D. XLI, 2 den Schatz anscheinend schlechthin das Schicksal des Grundstücks teilen —

„putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse.“

Die spätere Lehre schwächte das ab. Proculus und Neratius verlangten zum Besitzerwerb am thesaurus Kenntnis des Grundeigentümers, gewährten ihm aber demungeachtet nicht das Eigentum —

„sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse.“

Noch weiter ging Sabinus, der zum Besitzerwerb sogar ein loco movere des thesaurus forderte; ihm stimmte Paulus zu. Dass die Stelle nicht vom thesaurus im eigentlichen Sinn handle, (Savigny, Besitz Aufl. 5 S. 222) ist möglich, indes für die Frage nach dem Besitz- und Eigentumserwerb des Grundeigentümers nicht von Belang.

Ob etwas im einzelnen Fall thesaurus ist oder nicht, kann nach der faktischen Gestaltung nur daraus entnommen werden, ob sich der alte Eigentümer bzw. seine Erben melden oder nicht. Im ersteren Fall liegt kein Gut vor, cuius non exstat memoria; im andern muss die Sache, wenn sie sich an sich dazu qualifiziert, als thesaurus betrachtet werden — was sollte sonst mit ihr geschehen?¹⁾ Sie erweist sich damit ipso facto als eine Sache, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat. Auch liegt nur in diesem Fall die ratio einer wirklichen Bereicherung der menschlichen Gesellschaft vor, während sonst nur ein drohender Verlust von einem Vermögen, zu dem das verlorene Gut gehörte, abgewendet wurde. Damit stimmt auch l. 67 D. VI, 1 überein, wonach bei gefundenem Geld untersucht werden soll, ob es thesaurus ist oder nicht. Das kann nur durch Nachforschungen festgestellt werden, deren notwendiges Mass sich bei der freien Beweiswürdigung des römischen Rechtes (l. 3 § 3 D. XXII, 5 — ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris) mit Leichtigkeit ergeben mochte.

¹⁾ so wird man u. E. auch wohl die meisten Fundsachen mangels Kenntnis des Eigentümers behandelt haben — es blieb eben nichts Andres übrig.

6) Die Specification.

Specificatio ist die Verarbeitung einer Sache zu einer vom wirtschaftlichen Standpunkt neuen Species. War der Arbeiter Eigentümer des Stoffs, so fiel ihm natürlich das Fabrikat zu — wie aber ward es im umgekehrten Fall gehalten? Hier bestand eine berühmte Streitfrage, über die uns der § 25 J. II, 1 gute Auskunft giebt:

„quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit.“

Beispiel: Jemand keltert Wein aus fremden Trauben, verfertigt ein Gefäß aus fremdem Metall. Hier entschied die Rechtsschule der Sabinianer zu Gunsten des Eigentümers des Stoffes, die der Prokulianer umgekehrt für den Arbeiter. Ausserdem existierte noch eine Mittelmeinung, die Justinian adoptiert hat:

„et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum qui fecerit.“

Für unser Thema ist die ratio dieser verschiedenen Ansichten von der erheblichsten Bedeutung.¹⁾ Was nun zunächst die Sabinianer anlangt, so herrscht unter den Neueren Streit darüber, weshalb sie den Stoff als entscheidend angesehen hätten. Dernburg und andre meinen, sie hätten, ähnlich wie beim Schiff der Kiel als das entscheidende Identitätsmerkmal gegolten habe, nicht die Form, sondern den Stoff als das Ausschlaggebende angesehen und, da er identisch geblieben, das alte Eigentum am Stoff als fortbestehend erachtet. Die herrschende Meinung dagegen nimmt an, die sabinianische Schule habe zwar den Untergang des bisherigen Gegenstandes und damit des an ihm bestehenden Rechtes anerkannt, aber geglaubt, dass die neue Sache „naturali ratione“ an den Eigentümer der alten falle, ähnlich wie beim Fruchterwerb. So argumentieren Brinz²⁾ und

¹⁾ cf. darüber Dernburg § 204, Windscheid § 181, wo weitere Litteratur.

²⁾ Pandekten Aufl. 2. Bd. I S. 574.

Fitting,¹⁾ während Dernburg es als unglauwürdig ansieht, dass die Schule den ersten und wichtigsten Satz der gegnerischen Theorie ohne weiteres acceptiert habe. Wenn Fitting sich auf l. 18 § 3 D. XIII, 7 beruft, wonach Cassius das aus Stämmen eines verpfändeten Waldes gefertigte Schiff nicht unter den Pfandnexus fallen lassen will, so ist das u. E. nicht schlechthin entscheidend — denn obzwar zum Schiff aus dem Pfandobject Material verwendet ist, wird doch niemand sagen, das Schiff sei ein specifischer Wald; hier spielt die Materie doch nicht die allein entscheidende Rolle wie z. B. beim gekelterten Wein. Eher sprechen für die herrschende Meinung die beiden Stellen l. 13 § 1 D. L, 16 und l. 9 § 3 D. X, 4 von Ulpian:

„res abesse videntur (ut Sabinus ait, et Pedius probat) etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est: et ideo si corruptae redditae sint, vel transfiguratae, videri abesse, quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re.“

l. 9: „sed si quis rem deteriozem exhibuerit, aequè ad exhibendum eum teneri Sabinus ait. Sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit substantiam rei.“

In beiden Citaten wird mit Energie der Meinung Ausdruck gegeben — beidemal mit Hinweis auf Sabinus — dass die Veränderung der Form und nicht die blosse Substanz für die Betrachtung der Rechtsverhältnisse an Sachen das entscheidende Moment ist. Das spricht gegen Dernburg's Ansicht. Auch kann nicht zugegeben werden, dass die Sabinianer damit die wichtigste Prämisse der Gegner gebilligt hätten. Nicht ob die Sache eadem blieb, sondern ob das alte Eigentum stark genug war, schlechthin jede aus ihrem Stoff erzeugte Sache in ihrem rechtlichen Verhältnis zu bestimmen, war der entscheidende Punkt. Doch wie dem auch sei — jedenfalls brachten die Sabinianer in unserer Streitfrage die specifisch-nationale Rechtsanschauung der Römer zur Geltung. Entweder schien ihnen das Bleiben der Substanz

¹⁾ Archiv f. civ. Pr. Bd. 48, 1 ff.

im physischen Sinn als genügend, um das Recht als fortdauernd anzusehen — eine Anschauung, die mit dem Grundsatz *id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*, auf das trefflichste harmoniert. Oder sie gingen von dem nicht minder nationalen Fruchtprincip aus, wonach das Recht an der Muttersache das an der Tochttersache mit unerbittlicher Konsequenz nach sich zog — *quod ex re mea fit, meum est*. Wie auch sonst das Verhältnis der beiden Schulen gewesen sein mag — jedenfalls wagen wir die Behauptung, dass in der Lehre von der Specification die Anhänger des Sabinus das streng - nationale, die des Proculus das fortgeschrittene, Wirtschafts- und Verkehrsrücksichten zu Rate ziehende Element vertreten haben. Dem würde ja auch Tacitus Würdigung der Gründer beider Schulen entsprechen, nach der Labeo „*plurima innovare coepit*“, während Capito, das Haupt der Sabinianischen Richtung, am Althergebrachten festzuhalten pflegte.¹⁾ Die Specificationslehre der Sabinianer, so engherzig sie unseren Kulturanschauungen erscheinen mag, hatte vom Standpunkt des strengen römischen Eigentumsprincips, der *mera subtilitas*, danach eine unzweifelhafte Berechtigung. Ein Eigentum, das so stark ist, dass es alle Erzeugnisse der Sache, dass es nicht minder nach der Zerstörung des alten Gegenstandes die von demselben übrig bleibenden Trümmer, die *area* des Hauses, den Kadaver des gefallenen Viehs in seinen Bannkreis zog, soll durch den Akt der Verarbeitung des Objectes ohne weiteres untergehen? Ein Römer der älteren Zeit würde nie so entschieden haben, und es erscheint danach als ungerecht, wenn Scheurl²⁾ den nur konsequenten Gesichtspunkt der Sabinianer ohne weiteres als „kurzsichtig“ bezeichnet. —

Es erübrigt noch, die Ansicht der Proculianer darzulegen, bezw. unsere oben schon skizzierte Meinung darüber zu begründen. Auch in diesem Punkte ist eine Uebereinstimmung der Neuern bislang nicht erzielt.³⁾

¹⁾ cf. auch v. Jhering, Geist II, 413; III, 579.

²⁾ Abhandlungen I, 281, 283.

³⁾ Darüber Windscheid und Dernburg a. a. O.; Sulzer Specification, Scheurl a. a. O., Bechmann Archiv. Bd. 47. N. u. a.

a) nach Bechmann und seinen Konsentienten hätten sie die verarbeitete Sache als herrenlos angesehen und den Erwerb des Arbeiters auf Occupation gestützt.

b) Die herrschende Ansicht behauptet dagegen, sie hätten der redlichen Arbeit des Specificanten im Eigentumserwerb den gebührenden Lohn zubilligen wollen.

Wir müssen bekennen, dass uns die erste Ansicht geradezu als bare Unmöglichkeit erscheint, die nur aus einer bedauerlichen Verkennung der römischen Rechts- und Wirtschaftslehre erklärt werden kann. Man denke! im Beginn der Kaiserzeit, zu einer Zeit also, wo das alte Eigentumsprinzip noch in ungeschwächter Kraft dastand, wo weder am Schatz für den Finder, noch an den gezogenen Früchten für den redlichen Besitzer Rechtserwerb anerkannt war, weil diese *naturali iure dominis acquiruntur*, sollen die Prokulianer plötzlich den Satz aufgestellt haben, die bloße Verarbeitung einer Sache durch jedweden dritten solle das Arbeitsprodukt kurzer Hand diesem zufallen lassen. Ein solcher Gesichtspunkt hätte ihnen wohl schwerlich gestattet, ihre Anschauung der gegnerischen Juristenschule gegenüber zum Siege zu führen — er hätte erliegen müssen gegenüber dem Grund der Gegner, den diese nach Gaius Bericht¹⁾ ins Feld führten:

„*naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus est; quia sine materia nulla species effici possit.*“

Allerdings scheint der uns in demselben Gaianischen Citat übermittelte Gegengrund des Nerva und Proculus —

„*quia quod factum sit, antea nullius fuerat,*“

den Verteidigern des Occupationsprinzips Recht zu geben. Und auch Fitting²⁾, der nicht zu den letzteren zählt, hat darauf fussend die Ansicht aufgestellt, die Proculianer hätten den Erwerb des Specificanten auf Occupation zurückgeführt, und erst der späteren Kaiserzeit sei es vorbehalten gewesen, auf „dem Wege eines dialektischen Gedankenprozesses“ das Arbeitsprinzip zur Herr-

¹⁾ in l. 77 § 7 D. *XXLIII*, 1.

²⁾ *Archiv a. a. O.*

schaft zu führen. Uns scheint es aber verfehlt, den paar beiläufigen Worten des Gaius eine solch entscheidende Bedeutung beizumessen. Ganz abgesehen davon, dass er, selbst Sabinianer, vielleicht die Gründe der Gegner nicht unbefangenen gewürdigt haben wird, ist in unseren Augen der elegante Verfasser der Institutionen bei aller Anerkennung seiner Vorzüge doch nicht tief und korrekt genug, als dass wir auf seine einzige Autorität hin den angeblichen „Grund“ der Proculianer ohne weiteres als bare Münze hinnehmen könnten. Andere Gesichtspunkte müssen hier vielmehr mitgespielt haben. Mit Recht bemerkt Dankwardt¹⁾, dass alle Specification nur Umschaffung sei, und dass daher nach altrömischer Auffassung der dominus materiae Eigentümer des Produkts werden musste, bis man nach und nach demgegenüber den wirtschaftlichen Gesichtspunkt habe gelten lassen. Wahrhaftig: mit formal-juristischen Gründen war den Gegnern nicht beizukommen; wenn sich Proculus und seine Schüler dennoch weigerten, ihr Resultat zu acceptieren, so standen sie unter dem Bann einer andern, neuen, dem antiken Volksgeiste freilich bislang neuen und unerhörten Idee — der Anerkennung der redlichen Arbeit und ihres naturgemässen Anspruchs auf Lohn.

Nicht am Strand der Tiber freilich kann die Wiege dieses Gedankens gestanden haben; seine Heimat war zweifellos der Kreis des *ius gentium*, das schon lange mächtig auf den römischen Geist einzuwirken begonnen hatte. Mag es richtig sein, was Scheurl²⁾ und Dankwardt³⁾ annehmen, dass sich die Schule der Tragweite ihrer Entscheidung anfänglich selbst nicht klar bewusst gewesen sei; mag sie, um den nationalen Rechtsideen den schuldigen Tribut zu zollen, sich äusserlich hinter einem juristischen Scheingrund von mehr als zweifelhafter Güte verschanzt haben: der innere Gedanke kann damit unmöglich erschöpft sein. Gerade das römische Recht zeigt uns fast Seite für Seite Beispiele, wo die Idee, obzwar oft im Dunkel geahnt und selten ganz und bewusst erfasst, mit darum nicht minder zwingender Gewalt die Rechtsbildung beherrschte.

¹⁾ Nationalökonomie u. Jurispr. I., 28.

²⁾ a. a. O.

³⁾ a. a. O. S. 31.

Und auch dem Bewusstsein wenigstens des späteren Rechts ist die wahre ratio des Rechtserwerbs des Specificanten in voller Klarheit aufgegangen! So beruft sich Justinian in den Institutionen darauf, dass bei einer Specification mit teils eigenem, teils fremdem Material der Fabrikant „non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit und aus diesem Grunde stets Eigentümer des Fabrikats werden müsse, d. h. er erblickt die ratio des Erwerbs in erster Reihe im operam dare.

Freilich soll nach der bekannten, vom Kaiser adoptierten *media sententia* der Specificant nur dann Eigentum erwerben, si ea species non ad materiam reduci possit, während andernfalls is videatur dominus esse, qui materiae dominus fuerat. Aber diese Beschränkung beweist so wenig gegen das Arbeitsprincip, dass sie vielmehr nur aus ihm heraus ihre Erklärung findet. Denn für den Standpunkt der Occupation, der nur formelle Erwägungen unsere Lehre beherrschen lässt, ist diese Frage ganz irrelevant — die Sache ist eine neue und daher notwendig herrenlos. Anders gemäss unserer Meinung: danach müsste an sich der dominus materiae berechtigt bleiben; nur contra rationem tenoris propter utilitatem gewährt man in honorem operarum dem Specificanten das Eigentum. Aber er hat vom wirtschaftlichen Standpunkt aus nur ein Anrecht darauf, wenn im Produkt der Arbeitsfaktor überwiegt; im andern Fall muss er vor dem, mit dem seinen stets kollidierenden, Interesse des Eigners der Materie zurückstehen. Da galt es denn zwischen beiden Interessen ein Kompromiss zu schliessen, und das scheint Justinian mit seiner Entscheidung beabsichtigt zu haben. Dass er dabei nicht das Richtige traf und den ganz äusserlichen, mechanischen Massstab der Rückführbarkeit zu Hilfe nahm, entspricht zu sehr dem allgemeinen Charakter seiner Gesetzgebung, als dass es uns sonderlich auffallen könnte!

Aber auch die klassische Jurisprudenz liefert uns für unsere Theorie Unterstützung. So Paulus' Citat l. 12 § 3 D. X, 4, eine Stelle, die Dernburg¹⁾ als Beleg herangezogen hat:

¹⁾ Krit. Vierteljahrschr. I, 146.

„Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, quum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.“

Paulus war allerdings kein Anhänger der, zu seiner Zeit längst der Vergangenheit angehörigen, Prokulianischen Rechtsschule — aber er hat sicherlich ihre Ansicht geteilt. Das ergibt sich mit Evidenz mittels *argumentum a contrario* daraus, dass er das andernfalls ganz unnütze Thatbestandsmoment der *mala fides* heranzog. Die Begründung nun aber dafür, dass im Fall solcher *mala fides* nicht der Arbeiter, sondern der Eigentümer des Stoffes das Fabrikat erhalte, müsste nach der gegnerischen Meinung doch, als auf etwas Singuläres gerichtet, gegenüber der allgemeinen *ratio* der Occupation auf die diese Ausnahme begründenden Besonderheiten, also die *mala fides*, zurückgehen. Statt dessen finden wir im Schlusssatze kein Wort hiervon, vielmehr genügt dem Juristen als *ratio*: *quod ex re nostra fit, nostrum est* — ein Satz, den Paulus, der Anhänger der Prokulianischen Specificationslehre, also nicht nur auf Früchte, sondern nicht minder auf die aus der Sache gewonnenen Arbeitsprodukte anwandte. Im Fall der *mala fides* des Arbeiters bleibt es also lediglich bei der allgemeinen Regel. Mit andern Worten: nicht der Nichterwerb des Arbeiters im Fall der *mala fides*, sondern sein Rechtserwerb bei gewahrter *bona fides* ist eine Singularität, die als solche besonderer Begründung bedarf. Und diese kann eben nur im *honor laboris*, im Lohn des *operam dare* liegen. Es ist danach falsch, mit Dankwardt¹⁾ die Stelle so zu verstehen, als ob Paulus dem *dominus materiae* „nicht das formell-juristische Eigentum, sondern das Eigentum im materiellen Sinne, d. h. den Wert desselben“ zugebilligt hätte. Eine so masslos ungenaue, das Misverständnis direkt herausfordernde Ausdruckweise wäre bei einem Paulus geradezu exorbitant; ein solches unkonstruierbares Eigentum „im materiellen Sinn“, am Wert, ist dem Ideenkreis der römischen Jurisprudenz — und wir fügen hinzu, auch unserem Verstande, — etwas Unfassbares. Auch ist eine solche Ersatzpflicht in jedem

¹⁾ a. a. O. S. 33 No. 49.

Fall der Specification selbstverständlich — was sollte also hier die Besonderheit der vorausgesetzten mala fides?

Wenn Bechmann, der übrigens principiell die Occupationstheorie nicht verteidigt und sich nur durch den von ihm so verstandenen Inhalt der Quellen zu ihr gedrängt sieht, sich auf l. 26 pr. D. XLI, 1 beruft (si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, qui cupressus non maneret), so ist das u. E. verfehlt. Denn jene Annahme würde Paulus in Widerspruch mit sich selbst setzen. In der vorausgehenden l. 24 D. eod., die aus demselben lib. 14 ad Sab. entnommen ist, sagt er nämlich:

„in omnibus, quae ad eandem speciem reverti non possunt, dicendum est, si materia manente species dumtaxat forte mutata sit, veluti si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere.“

Hier geht nie Eigentum über, weil die Veränderung keine neue „materia“ schafft. Im Gegensatz dazu („sed“) kommen in l. 26 die Fälle, wo eine neue „materia“ entsteht; hier erwirbt der Fabrikant Eigentum, scil. wenn die allgemeinen Voraussetzungen in seiner Person vorhanden sind. Zu diesen gehört gerade nach Paulus Meinung bona fides (cf. oben), wie er an anderer Stelle schon genügend betont hat und daher hier als selbstverständlich voraussetzt.

Es muss hier übrigens noch bemerkt werden, dass nach der Anschauung mancher Juristen mala fides den Eigentumserwerb des Specificanten nicht hindert. So unverständlich diese Behauptung dem unbefangenen Beurteiler klingen mag, so ist sie doch ganz folgerichtig vom Standpunkt der Bemächtigungstheorie aus, ja die Vertreter der letzteren können, um konsequent zu bleiben, nicht umhin, sie zu verteidigen, und dies thun daher auch z. B. Glück¹⁾, Thibaut²⁾, Puchta, Vangerow u. a.³⁾. Leider meint auch Brinz⁴⁾, obzwar ein Anhänger der Arbeitstheorie, vom Requisit der bona fides Umgang nehmen zu müssen, weil die Quellen kein sicheres Resultat ergäben. Und

1) Kommentar Bd. XIII § 840.

2) Pandekten § 597.

3) cf. Litteraturangaben bei Windscheid § 187 N. 3 und der Dissertation von Gorden (Berlin 1888).

4) a. a. O. S. 578.

Dernburg, sonst Vertreter der richtigen Meinung, lässt wenigstens ein Pfandrecht an der verarbeiteten Sache trotz Kenntnis des Arbeiters davon untergehen (Pfandrecht II S. 561) mit der u. E. verfehlten Begründung, der Nichterwerb des *malae fidei* Specificanten könne nur erklärt werden aus einer Rechtsfiktion (!), wonach jener als für den Stoffeigentümer arbeitend angesehen werde, ein Gesichtspunkt, der für den Fall des Pfandrechts unzutreffend sei.

Es ist ein so fundamentaler Satz aller Rechtsbildung, dass niemandem aus einem Delikt Rechte erwachsen können, dass es schon schwerwiegende Gründe sein müssen, welche die Gegner hier eine Ausnahme von diesem allgemeinen Princip annehmen lassen. Bleibt auch nur ein Schatten von Zweifel, so ist ihr Beweis misslungen — denn trotz Brinz' Autorität wird wohl ohne allzu grosse Kühnheit behauptet werden dürfen, dass bei einer solchen Frage nicht uns, sondern die Gegner die Beweislast trifft. Aber was bringen sie noch weiter vor? Wächter fordert, von dem Erfordernis mit „Rücksicht auf den Verkehr“ Abstand zu nehmen — ein höchst zweifelhaftes Argument zumal für das römische Recht, das doch auch in den Fragen der Ausdehnung der Vindikation, der Ersitzbarkeit von *res furtivae* u. s. w. nie daran gedacht hat, einer derartigen Rücksicht die Rechtskonsequenz zu opfern. Von einer solchen Rücksichtnahme könnte doch nur zu Gunsten dritter redlicher Erwerber vernünftiger Weise die Rede sein — dann müsste aber nicht für die Diebe, sondern erst für jene der Erwerb eintreten, eine Annahme, für die unseres Wissens im gesamten Römischen Recht sonst keine Analogie zu finden ist. Einem Diebe aber mit Rücksicht auf den Verkehr Eigentum zu gewähren, wäre, man verzeihe das harte Wort, ein Einfall, der Bürger von Schilda und Schöppenstedt würdiger als des klassischen Volkes der Rechtswissenschaft. Andre neue Gründe bringen die Gegner kaum bei, verteidigen sich vielmehr lediglich gegen die Beweiskraft der wider sie beigebrachten Stellen. So soll in l. 12 cit. die gegen den treulosen Specificanten gewährte *actio ad exhibendum* nur eine Entschädigungsklage sein — eine Behauptung, die durch den Schlusssatz, in dem Paulus die Zuständigkeit dieser *actio* mit dürren Worten aus dem Eigentum des Klägers

an den Erzeugnissen seiner Sache ableitet, in unlösbarem Widerspruch steht. Noch weniger gelingt es den Gegnern, die l. 4 § 20 D. XLI, 3, gleichfalls von Paulus, aus der Welt zu schaffen:

„si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit.“

Ist aber die aus dem gestohlenen Material hergestellte Sache selbst furtiva, so klebt ihr bekanntlich sogar der Mangel der Unersitzbarkeit an — um wie viel weniger kann daher von einem sofortigen Rechtserwerb an ihr die Rede sein; welchen Sinn hätte dann überhaupt die ganze Deduktion?

Die von Schulin¹⁾ angeführte Gaiusstelle (Inst. II, § 7. 9) kann für die Gegner nichts beweisen, denn es handelt sich dort gar nicht um ein furtum des Specificanten. Letzterer wird mit „qui fecerit“, der Dieb mit „qui subripuerit“ bezeichnet, und die durch die subreptio dem Material objektiv allerdings angeheftete Furtivität kann den Erwerb seitens der Fabrikanten nicht verhindern, weil die diesen vermittelnde ratio der redlichen Arbeit durch das ausser seiner Person liegende furtum nicht beeinträchtigt wird. Also beweist auch diese Stelle nur für die Arbeitstheorie. So schliessen wir denn unsere Ausführungen über die Specification mit den Worten Dankwardt's:

„Der Rechtssatz ist nicht Konsequenz eines juristischen Principis, sondern vielmehr ein durch praktisches Bedürfnis gebotener Bruch mit der Konsequenz des Eigentums; die Singularität beschränkt sich daher auf den Fall der bona fides.“²⁾

7) Ähnliche Gesichtspunkte wie bei der Specification hat Justinian wenigstens in kleinem Umfang für den Fall der Verbindung von Materialien verschiedener Eigentümer zur Geltung gebracht. Hier heischt das alte Eigentumsprincip, dass derjenige Gegenstand, welcher physisch die Hauptsache des verbundenen Ganzen bildet, ohne den der andere nicht bestehen kann, für die Frage des Eigentums entscheidend ist. Aber

¹⁾ a. a. O. S. 41.

²⁾ übereinstimmend mit uns für die Frage der b. f. ferner: Dernburg u. Windscheid a. a. O.; Sulzer, Specification; Schulin u. Gorden a. a. O.

hiervon hat der Kaiser „in honorem artis“ eine Ausnahme gemacht, § 34 J. II, 1:

„si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere. sed nobis videtur, melius esse tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.“

Mit dieser Entscheidung folgte der Kaiser der Meinung des Gaius, l. 9 § 2 D. XLI, 1, während bei Paulus für diesen Fall trotz aller Bedenken die Rechtsconsequenz schliesslich entscheidend war, l. 23 § 3 D. VI, 1:

„sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illo esse non potest.“

Trotz seiner vom modernen Standpunkt falschen Entscheidung zeigt sich auch hier Paulus wieder als der konsequente, einsichtsvolle Jurist — er sieht wohl ein, dass für Gemälde und Leinwand dieselbe ratio gelte, wie für Schrift und Papier. Gaius aber ist — aus welchem Grunde, bleibt unerfindlich — für den letzten Fall der umgekehrten Ansicht wie für den ersten, l. 9 § 1 D. XLI, 1, und zwar im Bewusstsein der ökonomischen Widersinnigkeit des Resultats — „licet litterae aureae sint.“ Justinian aber mit dem ihm eigenen Mangel an Konsequenz betet auch hier dem Gaius ohne Sinn und Verstand nach, § 33 J. II, 1.

§ 16.

Grundrente und Kapitalzins.

Die Eigenart der wirtschaftlichen Anschauungen der Römer nötigt uns, diese Probleme mit nur wenigen kurzen Worten zu berühren. (cf. darüber oben § 14.)

1) Die Theorie der Grundrente ist dem Altertum begreiflicher Weise vollkommen fremd. Wusste man auch die

Bedeutung der dem Boden entspringenden Einkünfte vollauf zu würdigen, so kümmerte man sich doch herzlich wenig darum, ob dieselben mit oder ohne Zuthun menschlicher Arbeit entstanden waren. Alles, was wir als besondere „Grundrente“ aus den Bodenerträgen aussondern, fällt dem Römer unter den Begriff „fructus“. Dahin gehört also auch der Pachtlohn, l. 29 D. V, 3:

„mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones: item vecturae navium et iumentorum.“

Ebenso l. 38 § 1 D. XXX, während sich nach der modernen Auffassung bekanntlich gerade im Pachtzins die reine Grundrente als an einen andern Bezugsberechtigten fallend von dem dem Pächter verbleibenden Arbeitslohn und Kapitalzins absondert. Einen Gegensatz zwischen den auf Arbeit und auf natürlicher Fruchtbarkeit beruhenden Früchten finden wir, wie schon erwähnt, in l. 45 D. XXII, 1 anerkannt (fructus industriales und mere naturales), worin man wenigstens implicite einen leisen Anklang an die Grundrententheorie finden kann. Jedenfalls ergibt sich aus der Stelle, dass die Römer in ihrem natürlichen gesunden Taktgefühl weit von den Verkehrtheiten eines Carey und Marx entfernt waren, die den nicht auf Arbeit zurückzuführenden Naturprodukten schlechthin wenn auch nicht den Gebrauchs-, so doch den Tauschwert absprechen. Unserer Scheidung des Boden- und Arbeitfaktors entspricht freilich die Sonderung von fructus naturales und industriales nicht ganz — wir erkennen in allen Erzeugnissen die Bedeutung beider Faktoren an und scheiden nur das Gesamtprodukt in zwei grosse Bestandteile, während bei den Römern die Qualität des einzelnen Erzeugnisses nach dem Überwiegen dieser oder jener Güterquelle beurteilt wurde.

2) Kaum viel sorgfältiger ist der Begriff der Kapitalzinsen wissenschaftlich geflegt worden. Das Verhältnis der Zinsen zu den Früchten ist freilich verschiedentlich behandelt. Es kreuzten sich hier zwei Gesichtspunkte — waren einmal alle Einkünfte aus einer Sache fructus, die Pachtzinsen nicht minder als die Früchte im rein natürlichen Sinn, dann lag kein Grund mehr vor, den Zinsen, als welche gleichfalls mehr

oder weniger regelmässig wirtschaftliche Ertragnisse eines Gutes — einer Forderung — waren, die Qualität als *fructus* abzusprechen. Von der andern Seite machte sich der physisch-natürliche Gesichtspunkt dagegen geltend, nach welchem hier von Produkten, organischen Erzeugnissen des *caput*, doch keine Rede sein konnte. Dies erklärt die etwas schwankende Terminologie und ihre Rückschläge auf manche praktische Fragen, sowie die Ausbildung des recht nebelhaften Begriffs der *fructus civiles*. Ulpian sagt l. 34 D. XXII, 1 von den Zinsen:

„*usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari.*“

Ähnlich auch Modestin in l. 83 pr. D. XXXII (*quae vice fructuum sunt*). Daher wird auch der Ausdruck *percipere* auf die Zinsen angewendet, l. 27 § 1 D. V, 3 (*ob pensiones quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt*); l. 58 § 5 D. XXXVI, 1; l. 5 C. III, 32 etc.

An andern Stellen aber stellt man *fructus* und *usurae* einander gegenüber, so Ulpian in l. 39 § 1 D. XXX (*quod in fructibus dicitur, hoc et in pensionibus urbanorum aedificiorum intellegendum erit. in usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus . . .*, wo durch das „*autem*“ beide Begriffe in Gegensatz gebracht werden). Noch ausdrücklicher sagt Pomponius in l. 121 D. L, 16:

„*Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.*“

In l. 24 D. XIX, 5 nennt African dann wieder die Zinsen „*reditus pecuniae*“. (Weitere Stellen über diesen Punkt bei Janke, *Fruchtrecht*, S. 8.)

Mit der verschiedenen Auffassung¹⁾ der Zinsen hing u. E. zusammen der Streit darüber, ob an Forderungen ein *usus-fructus* denkbar sei. Wer streng an der physischen Auffassung des Fruchtbegriffs festhielt, musste hier konsequent die Möglichkeit eines Fruchtziehungsrechtes als unmöglich verneinen und das hat Nerva denn auch nach l. 3 D. VII, 5 gethan. Aber Cassius und Proculus widersprachen ihm, und auch Ulpian schloss sich ihnen an, was bei seiner in l. 121 cit. zu Tage tretenden

¹⁾ cf. auch S. 74.

Theorie der Früchte nicht ganz unauffällig erscheint; l. 3 cit.: „post quod omnium rerum usus fructus legari poterit. an et nominum? Nerva negavit: sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras.“

Es wird indes ausdrücklich bemerkt, dass es sich in diesen Fällen nicht um einen wahren Niessbrauch handelt, sondern um einen „quasi usus fructus“, § 2 J. II, 4.

Gegen die Brauchbarkeit des ganzen Begriffs der „fructus civiles“ hat sich neuerdings mit Lebhaftigkeit Stammler¹⁾ erklärt. Denn bei der Entstehung der Zinsen könne eine Sache als erzeugend gar nicht beteiligt sein, weil dieselbe untergegangen sei oder überhaupt nicht existiert habe. Natürliche Früchte seien die organischen Erzeugnisse der Sache, während die „juristischen Früchte“ auf Grund eines andern Rechtes erworbene Rechte darstellten. Jene ständen im Abhängigkeitsverhältnis zur Muttersache, diese in einem solchen zum Hauptrecht. So richtig das vom modernen Gesichtskreis aus betrachtet ist, so sehr hat Stammler Unrecht, wenn er vom Standpunkt der Römer aus in der Unterstellung der Zinsen unter die Früchte etwas Anstössiges findet. Diesen kam es nur auf den Ertrag an, den irgend ein Vermögensbestandteil dem Berechtigten eintrug — alles darunter Fallende erschien ihnen als fructus rei im weiteren Sinn. Den terminus fr. civiles hat zwar erst, wie Stammler darthut, Bartolus in die Wissenschaft eingeführt — aber er handelt damit vom Standpunkt des römischen Rechts aus nur korrekt und verdienstlich. Gegen Stammler auch Windscheid § 144 N. 10: fr. c. sei ein wissenschaftlicher Begriff, den freilich wir in diesem Sinne nicht mehr hätten.

Richtig bemerkt auch Endemann²⁾, es sei den Römern natürlich klar gewesen, dass die Zinsen nicht physisch den Kapitalien entstammten, ex corpore entständen. Dagegen sei denselben ein fester Wortbegriff abgegangen, und die — oben angeführten — Stellen seien deshalb für ihre Auffassung be-

¹⁾ Niessbrauch an Forderungen S. 61—72; ähnlich auch schon Heimbach, Lehre von der Frucht, S. 30 ff.

²⁾ Hildebrand's Jahrb. I. S. 347 N. 384.

zeichnend. Nicht der produktive Wert des Kapitals, sondern die obligatio, die Willensübereinstimmung über den Kredit, sei ihnen der Grund des Zinses.

Mit der Verkennung der wirtschaftlichen Bedeutung oder, wenn man will, Produktivität des Kapitals wird es wohl auch zusammen gehangen haben, dass das Zinsennehmen, so allgemein es verbreitet war, doch nicht für sonderlich anständig gegolten zu haben scheint — deshalb ist es für die vornehmsten Klassen stark eingeschränkt: illustres dürfen nur 4%, Senatoren gar keine Zinsen nehmen!

Nur in vereinzelt Bestimmungen finden sich Spuren einer richtigeren Würdigung des Zinses; so im Rechtsinstitut des s. g. *foenus nauticum*¹⁾. Während sonst nach dem Grundsatz „*genus perire non censetur*“ die Gefahr der hingegebenen Münzen auf den Empfänger überging und er sonach mit seinem ganzen Vermögen für die Rückgabe einstand, war den Römern auch ein Darlehen zwecks Ausrüstung eines Schiffes bekannt, aus dem der Empfänger nur mit Schiff und Ladung haftete. Als Äquivalent trat hier ein höherer Zinsfuß ein, ursprünglich in seinem Maximum ganz unbeschränkt und erst von Justinian bis auf 12% herabgesetzt. Diese erhöhte Zinsleistung wird hier auf eine Art Gefahrprämie zurückgeführt, wie sich mittels *argum. a contrario* aus Papinian's Ausspruch in l. 4 D. XXII, 2 ergibt: *Nihil interest traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit; utrobique igitur maius legitima usura faenus non debetur.* (dazu auch Knies, Kredit II, 100.)

¹⁾ cf. Knies, Kredit I S. 179.

Kap. V.
Die Konsumtion der Güter.

§ 17.

Die Lehre von der Güterverzehrung, in ihrer wissenschaftlichen Zugehörigkeit zur Volkswirtschaftslehre bekanntlich noch heute vielfachen Angriffen ausgesetzt, hat bei den Römern so gut wie gar keine Ausbildung erfahren. Das brachte schon ihre subjektivistische Weltanschauung mit sich — was man hat, das darf man auch benutzen und verbrauchen, freilich nur *quatenus iuris ratio patiatur*. Nur ganz vereinzelt Material finden wir in dieser Hinsicht in den Quellen:

1) Das Wort „consumere“ hat nicht immer volks-, sondern auch oft rein privatwirtschaftliche Bedeutung, so, wenn das Geld mit der Ausgabe als konsumiert bezeichnet wird, was doch volkswirtschaftlich unrichtig ist, da hier nur Umsatz in andre Hände stattfindet (cf. oben S. 21 und die Stellen bei Janke, Fruchtrecht des b. f. possessor S. 110). Auch bei dem Satz „*fructus consumptos interim suos facit*“ wird man wohl an die sämtlichen beim Besitzer nicht mehr vorhandenen Früchte zu denken haben (cf. S. 126), einerlei, ob sie bei dritten noch vorhanden sind oder nicht (a. A. Windscheid I § 186 N. 16 und Janke a. a. O). Dagegen scheint in manchen Stellen, wie l. 5 § 18 D. XXIV, 1 (*si quidem extet res . . . si consumpta sit*); l. 28 eod. (*si id quod donatum sit perierit vel consumptum sit . . .*) u. a., sowie im allgemeinen bei der Gegenüberstellung von *res consumptibiles* und *non c.* eine Vernichtung der Sache als Körper (bezw. als Wert) verlangt zu werden. „Consumere“ hat daher auf alle Fälle die doppelte Bedeutung (so auch Windscheid a.

a. O.) — wie es an den einzelnen Stellen aufzufassen sei, gehört nicht hierher.

2) Der Gegensatz zwischen produktiver und unproduktiver Konsumtion kommt an einigen Stellen zur Geltung. Hat ein Nichteigentümer eine Sache besessen und Aufwendungen darauf gemacht, so fragt es sich, ob er deren Ersatz vom klagenden Eigentümer erstattet bekommt. Hinsichtlich dieser Erstattung der *impensae* scheiden nun die Römer mit gewohntem Takt:

a) *impensae necessariae*¹⁾, die jeder

b) *impensae utiles*, die wenigstens der gutgläubige Besitzer erstattet verlangen kann.

c) dagegen bei den *imp. voluptuariae* hat auch der redliche Besitzer höchstens ein *ius tollendi*. Die *ratio* ist klar — die beiden ersten Arten gehören unter die produktive Konsumtion; die aufgewendeten Mittel finden sich in dem erhöhten Wert bzw. in der Verhinderung des sonst eintretenden Minderwerts wieder, sind also wirtschaftlich produktiv angelegt, was bei Nr. c nicht der Fall ist. Paulus l. 79 D. L, 16:

„*impensae necessariae sunt, quae si non factae sint, res aut peritura aut deterior futura sit. Utiles impensas esse Fulcinus ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant . . . voluptariae sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent.*“

Auch bei der *negotiorum gestio* kommt der Gegensatz von produktiver und nicht produktiver Konsumtion zur Sprache; Auslagen der ersteren Art, im Interesse des Geschäftsherrn gemacht, sollen schlechthin ersetzt werden, l. 44 pr. D. III, 5 — *quae utiliter in negotia alicuius erogantur, in quibus est etiam sumtus honeste ad honores per gradus pertinentes factus, actione negotiorum gestorum peti possunt.* cf. ferner ll. 38—39, 51 D. V, 3; l. 50 D. XVII, 1. (l. 38: *non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere.*) Bei der Frage, welche *impensae* nützlich sind oder nicht, kommt wieder der subjektive Gesichtspunkt zum Vorschein, l. 10 D. XXV, 1: „*Quod si hae res, in*

¹⁾ über den Begriff Dernburg, Kompensation S. 106 ff., Pernice, *Labeo* I, 387 ff.

quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptariae, sed utiles sunt.“

Die Wegnahme der imp. voluptuariae ist — gewiss eine dankenswerte Anerkennung wirtschaftlicher Gesichtspunkte — nur unter der Voraussetzung gestattet, dass der Betreffende Vorteil davon hat, l. 38 D. VI, 1:

„neque enim malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias.“

3) Auch an die bekannte lex Rhodia de iactu mag hier erinnert werden, l. 1 D. XIV, 2 (Paulus): „lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.“

Auch hier handelt es sich um eine Art produktiver Konsumtion, indem durch die Aufopferung einzelner Güter die übrigen den menschlichen Bedürfnissen erhalten worden sind. Daher rechtfertigt sich gerade vom wirtschaftlichen Standpunkt aus ein Ersatzanspruch der Eigentümer dieser preisgebener Gegenstände.

